

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

**El delito de violencia familiar: un estudio comparativo de la situación
en España y el Estado de Michoacán (México)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan Antonio Magaña de la Mora

DIRECTOR

Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

Tesis doctoral:

“El Delito de violencia familiar: Un estudio comparativo de la situación en España y el Estado de Michoacán. (México)”

Autor:

Juan Antonio Magaña de la Mora

Director: **Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares**

Madrid 2015

Introducción	8
Capítulo I	
Familia y Violencia Familiar	
1.1. Antecedentes Históricos	13
1.1.1. Origen de la Familia	17
1.2. Evolución Histórica de la Familia	22
1.2.1. Familia Consanguínea	23
1.2.2. Familia Punalúa	23
1.2.3. Familia Sindíasmica	25
1.2.4. Familia Monogámica	26
1.3. El Concepto de Familia	33
1.3.1. Concepto Etimológico	36
1.3.2. Concepto Doctrinal	38
1.3.2.1. Familia en Sentido Extenso o Amplio	38
1.3.2.2. Concepto de Familia en Sentido Restringido o Nuclear	40
1.3.2.3. La Familia como Institución Natural	42
1.3.2.4. Concepto Jurídico de Familia	43
1.3.2.5. Concepto Sociológico de Familia	45
1.4. Fuentes de la Familia	48
1.4.1. El Matrimonio	48
1.4.1.1. El Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y las Sociedades de Convivencia	54
1.4.2. El Concubinato	57
1.4.3. La Filiación	59

1.4.4. La Adopción	60
1.4.5. El Parentesco	62
1.5. La Violencia Familiar. Marco Conceptual	66
1.5.1. Causas de la Violencia Familiar	67
1.5.2. Violencia Familiar y Violencia Doméstica	69
1.5.3. Violencia Familiar y Violencia de Género	70

Capítulo II

La Violencia Familia a la Luz del Derecho Convencional Internacional

2.1. Introducción	74
2.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Teórica Feminista	77
2.2.1. Panorámica General de las Teorías Feministas en el Contexto Jurídico Internacional	80
2.2.2. La Postura Feminista de la Igualdad Formal	84
2.2.3. El Feminismo “Desconstructivista” en el Orden Jurídico Internacional	87
2.2.4. La Incidencia del Feminismo Reconstructivista y Reconceptualista	91
2.2.5. El Feminismo Reflexivo: Revaluación y Revaloración del Orden Internacional	96
2.2.6. Balance de las Posturas Teóricas Feministas Analizadas	99
2.3. Los Derechos Humanos de las Mujeres: Panorámica Evolutiva	100
2.4. El Fenómeno de la Violencia contra la Mujer en el Orden Jurídico Internacional. Breve Panorama de la Evolución de sus Fuentes	109

2.5. Panorama de la Protección a los Menores y los Discapacitados en el Ámbito del Derecho Internacional	140
2.5.1. La Protección de los Menores en el Derecho Internacional	142
2.5.2. La Protección de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional	144

Capítulo III

El Principio de Igualdad entre el Hombre y la Mujer: Incidencia en el Delito de Violencia Familiar

3.1. Introducción	146
3.2. Igualdades y Diferencias	151
3.2.1. Contenido Conceptual del Principio de Igualdad	153
3.2.2. La Igualdad como Norma	155
3.3. Los Presupuestos Jurídicos del Principio de Igualdad	161
3.3.1. El Derecho Fundamental a la Igualdad. La Igualdad Formal	165
3.3.1.1. Presupuestos Históricos	165
3.3.1.2. Incorporación del Principio de Igualdad en el Derecho Convencional Internacional	168
3.3.1.3. La Recepción del Principio de Igualdad en el Ámbito Constitucional. Algunos Ejemplos de Derecho Comparado	173
3.3.1.3.1. Especial Referencia a la Experiencia Jurídica Europea	176
3.3.2. La Igualdad Real y Efectiva. Las Acciones Positivas	181
3.3.3. La Igualdad como Valor Superior del Ordenamiento Jurídico	184
3.3.4. La Igualdad como Principio General del Derecho	187
3.4. La Igualdad en el Contexto Constitucional Español y Mexicano	189
3.4.1. Recepción Constitucional de la Igualdad en España	189
3.4.2. El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Mexicano	193

3.4.2.1. La Igualdad en el Contexto Normativo Fundamental Mexicano	194
3.5. La Igualdad entre el Hombre y la Mujer en las Resoluciones Judiciales	196
3.5.1. Las Resoluciones del Tribunal Constitucional Español	196
3.5.1.1. La Sentencia 59/2008, de 14 de mayo	197
3.5.1.2. Resoluciones Posteriores	201
3.5.1.3. Comentarios	203
3.5.2. La Igualdad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	209
3.5.2.1. La Contradicción de Tesis 66/2006	212

Capítulo IV

Análisis Sistemático y Comparado del Delito de Violencia Familiar

4.1. Génesis y Evolución de la Regulación del Delito de Violencia Familiar en México y España. Consideraciones Preliminares	220
4.1.1. España	222
4.1.1.1. La Ley Orgánica 10/1995	222
4.1.1.2. La Ley Orgánica 14/1999	224
4.1.1.3. La Ley Orgánica 11/2003	226
4.1.1.4. La Ley Orgánica 1/2004	230
4.1.1.4.1. Protección contra las Lesiones	232
4.1.1.4.2. Protección contra los Malos Tratos	233
4.1.1.4.3. Protección contra las Amenazas	234
4.1.1.4.4. Protección contra las Coacciones	235
4.1.1.5. La Ley Orgánica 1/2015	236
4.1.2. México	237
4.1.2.1. Ámbito Federal	237

4.1.2.1.1. La Incorporación del Delito de Violencia Familiar a la Normativa Federal (1997)	238
4.1.2.1.2. La Reforma Federal de 2012 en Materia de Violencia Familiar	243
4.1.2.1.3. Observaciones sobre la Inaplicabilidad del Tipo Penal Federal	245
4.1.2.2. Ámbito Estatal. El Caso Específico de Michoacán	248
4.1.2.2.1. Incorporación Originaria del Delito de Violencia Familiar (2001)	249
4.1.2.2.2. La Reforma al Código Penal de 2004, Adicionando el Artículo 224 <i>Bis</i> del Código Penal	251
4.1.2.2.3. Reforma del 2012	253
4.1.2.2.4. El Nuevo Código Penal Michoacano de 2014: Parteaguas entre el Sistema de Justicia Penal Tradicional y el Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral	255
4.2. La Regulación de la Violencia en el Ámbito Familiar en el Código Penal de Michoacán y en el Código Penal Español. Consideraciones Preliminares	257
4.2.1. Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán	259
4.2.1.1. Consideraciones Generales de la Estructura Externa de los Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán	261
4.2.2. Elementos Constitutivos de los Tipos Penales 153.2 y 173.2 del Código Penal Español y del 224 <i>Bis</i> del Código Penal del Estado de Michoacán	264
4.2.2.1. El Artículo 153 del Código Penal Español	264
4.2.2.1.1. Elemento Subjetivo del Tipo	277
4.2.2.1.2. Elemento Objetivo del Tipo	280
4.2.2.1.3. El Bien Jurídico Tutelado	287
4.2.2.2. El Artículo 173.2 del Código Penal Español	294

4.2.2.2.1. Elemento Subjetivo del Tipo	313
4.2.2.2.2. Elemento Objetivo del Tipo	313
4.2.2.2.3. El Bien Jurídico Tutelado	330
4.2.2.3. El Artículo 224 <i>Bis</i> del Código Penal del Estado de Michoacán	332
4.2.2.3.1. Elemento Subjetivo del Tipo	336
4.2.2.3.2. Elemento Objetivo del Tipo	343
4.2.2.3.3. El Bien Jurídico Tutelado	349
4.2.3. La Tentativa	351
4.2.3.1. El <i>Iter Criminis</i>	351
4.2.3.2. Aproximación Conceptual a la Tentativa	353
4.2.3.3. Regulación de la Tentativa en España y Michoacán	356
4.2.4. Consumación: El Delito de Violencia Familiar ¿Delito Instantáneo, Permanente o Continuado?	361
4.2.4.1. Delitos Instantáneos	365
4.2.4.2. Delitos Permanentes	366
4.2.4.3. Delitos Continuados	369
4.2.4.4. Conceptualización Normativa	370
4.2.4.5. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal Español	372
4.2.4.6. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal de Michoacán	374
4.2.5. <i>Excursus</i> : El Delito de Violencia Familiar, ¿Ley Penal en Blanco?	375
4.2.5.1. Ley Penal en Blanco. Aproximación Conceptual y Aplicación a los Casos de Estudio: España y Michoacán	380
4.2.6. El Delito de Violencia Familiar en Michoacán, y su Relación con el Delito de Lesiones Agravadas en Razón del Parentesco	388
4.2.7. La Pena	391

4.2.8. Concurso Aparente de Normas	392
4.2.9. Postura Personal y Propuesta de <i>Lege Ferenda</i> al Tipo Penal de Violencia Familiar en España y Michoacán (México)	396
Conclusiones Finales	407
Bibliografía Consultada	415
Resumen	440
Abstract	445

Este trabajo es el corolario de un intenso proceso de investigación y reflexión que inició en 1996 cuando decidí cursar los estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, y que culmina con el resultado que hoy se ha materializado en este ejercicio.

El derecho penal ha sido, en gran medida, la rama del derecho en la que se ha centrado mi labor a lo largo de 32 años de carrera judicial, que inició en octubre de 1983 y que me ha permitido ejercer lo que hasta el día de hoy ha constituido mi forma de vida y mi vocación: la impartición de justicia, primero como juez de primera instancia y luego como magistrado en el Estado de Michoacán, México.

Estoy convencido de que la tarea del juzgador no debe limitarse a la resolución de los asuntos que cotidianamente son sometidos a su consideración, sino que comprende también la profesionalización, la capacitación continua y la investigación, con la finalidad de producir aportaciones que puedan ser de utilidad a la comunidad jurídica.

Esta investigación es reflejo de esa convicción.

En el año 2001, el legislador michoacano introdujo al Código Penal la figura de la violencia familiar, como un tipo destinado a la tutela de lo que se identificó como “el orden familiar”; a la par, previó que esa misma figura tuviera implicaciones en el ámbito del derecho civil y familiar, considerándosele como una causa generadora de la disolución del vínculo matrimonial y de la pérdida de la patria potestad, y además, como propiciatoria de la asunción de medidas provisionales tendientes a proteger a los integrantes de la familia.

La integración del tipo, sus elementos, las consecuencias jurídicas que se previeron para quien adecuara su conducta al mismo, pero sobre todo, la confluencia simultánea con normas que correspondían a otras ramas del derecho y que tenían la finalidad de combatir a la violencia familiar, llamaron mi atención; motivándome a estudiarlo con la finalidad de determinar si el mismo se correspondía con el principio de mínima intervención o *ultima ratio* que es propio del derecho punitivo.

Esta primera inquietud fue madurando al paso del tiempo; al punto de que, en su momento, a la luz de los aprendizajes adquiridos en la experiencia

académica a la que he hecho referencia en párrafos anteriores, decidiera llevar a cabo un ejercicio comparativo entre la forma en que tal fenómeno es regulado tanto en el contexto español como en el de la entidad federativa en la que me desenvuelvo personal y profesionalmente.

Fue así como definí que esta investigación debía orientarse a determinar si, efectivamente, con la previsión penal de la violencia familiar se afectaba el principio ya referido; y, sobre todo, si el Estado había hecho lo suficiente, antes de recurrir al derecho punitivo, para prevenir, controlar y eventualmente erradicar dicho fenómeno.

Consideré pertinente efectuar este ejercicio comparativo, porque España y México comparten diversas semejanzas: idioma, rasgos culturales, idiosincrasia y aspiraciones en la construcción y fortalecimiento de un Estado social y democrático de derecho; y, al mismo tiempo, su desarrollo jurídico representa también importantes diferencias.

Establecer un parangón entre ambos contextos resultó no solamente interesante, sino revelador.

Con la finalidad de comprender y definir al fenómeno de la violencia familiar, fue necesario llevar a cabo un análisis acerca de la forma en que la familia, como forma de organización humana anterior al Estado, ha evolucionado al paso del tiempo y la manera en que se ha manifestado.

Partiendo de la premisa de que la familia –en sus muy diversas expresiones– es un ente fundamental para el desarrollo y estabilidad de toda sociedad, resultó conveniente verificar cómo es que el fenómeno de la violencia en su seno ha adquirido cada vez mayor relevancia, precisamente porque en muchos casos, los vínculos entre sus integrantes se encuentran determinados por relaciones de supra-subordinación y dependencia que condicionan un entorno propicio para que la dignidad de sus integrantes sea vulnerada.

Y es aquí donde encontré cabida la distinción entre la violencia familiar, la doméstica y la de género, que si bien pueden presentarse en un mismo contexto, no deben ser entendidas como sinónimos; ya que participan de características distintas y encuentran su génesis en factores diversos.

No pasó desapercibida en este estudio, la evolución que los derechos humanos han revelado en las últimas décadas, particularmente en el contexto internacional; este desarrollo ha dado lugar a que la comunidad internacional

haya sentado las bases para que se reconocieran prerrogativas focalizadas en grupos considerados como vulnerables –mujeres, niños, personas de edad y discapacitados–, reconociéndolos como sujetos de tutela y protección.

Ello dio lugar, no solamente a admitir que esos grupos eran víctimas de violaciones a sus derechos esenciales, sino también a reconocer la existencia de los fenómenos de violencia familiar, doméstica y de género, y a la necesidad de que los Estados adoptaran las medidas necesarias para que el derecho a una vida digna y libre de violencia al interior de las familias fuera reconocido en la normativa interna.

España y México no se vieron sustraídos a los resultados de estos esfuerzos por construir un *corpus iuris* coherente y armónico en sede internacional, lo que generó como consecuencia que en el ámbito interno, se crearan instituciones y figuras jurídicas que procuraran su prevención, combate y eventual erradicación.

Así, en ambos contextos geográficos se reconoció a la violencia familiar, la doméstica y la de género, como fenómenos presentes, persistentes y graves, que ameritaron un tratamiento, primero desde el ámbito civil-familiar, y luego desde la perspectiva del derecho penal; emitiéndose leyes que pretendieron prevenirlos y atacarlos.

De esta manera, en España se tipificó por primera vez el delito de violencia familiar en 1973, y en 2004, la de género; habiéndose advertido una evolución importante en la forma en la que ambos antijurídicos fueron tratados por el legislador. También se pudo apreciar que la reciente reforma al Código Penal de 2015 no afectó mayormente el injusto analizado.

En el caso de Michoacán, México, la violencia familiar fue considerada delito hasta 2001, en el Código Penal local.

Este trabajo ha analizado comparativamente las distintas figuras que aluden a las conductas constitutivas de violencia familiar y de género en ambos ordenamientos normativos; detallando sus elementos integradores (objetivo y subjetivo), así como el bien jurídico que se pretende proteger con su previsión.

De igual modo, se ha determinado si en cada una de ellas es factible la configuración de la tentativa, si se trata de leyes en blanco y cómo pueden ser clasificados los tipos atendiendo a la acción, al resultado y al número de actos requeridos para su materialización.

Tras efectuar el estudio al que se refiere este trabajo, he podido corroborar que en ambas naciones, la previsión normativa de tales delitos no atendió al principio de mínima intervención del derecho penal, pues resultó incierto que el derecho civil y el derecho familiar –así como las legislaciones destinadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer–, hayan hecho lo suficiente como para justificar la intervención punitiva, para prever y sancionar tales conductas.

Antes bien, pudo determinarse que de una nula intervención respecto de dichos fenómenos, el Estado pasó a una máxima intervención, al punir dichas conductas sin generar las condiciones para que otras ramas del derecho las atacaran de manera eficiente y más aún, sin propiciar mecanismos de reeducación y culturización que los previeran y minimizaran.

No obstante lo anterior, despenalizar dichas conductas podría generar resultados perjudiciales y socialmente incorrectos, al enviarse un mensaje equivocado a la sociedad, en el sentido de que Estado considera que las mismas resultan tolerables y permisibles, cuando no es así. Por lo tanto, asumir una postura abolicionista al respecto resulta inadecuado.

Al concluir este ejercicio de investigación, podrán apreciarse las razones por las que considero que ha llegado el momento y la ocasión para repensar la manera en que viene tratándose tanto en España como en Michoacán, México, a la violencia familiar, doméstica y de género, desde la perspectiva del derecho penal; procurando atenuar los alcances de esta maximización del derecho penal y ubicarlos en un rango más próximo al principio de *ultima ratio*.

Con fines de *lege ferenda*, se proponen una serie de modificaciones a los dispositivos jurídicos que se refieren tales conductas típicas, no solamente en cuanto a los elementos que las integran sino además, tendentes a minimizar las consecuencias jurídicas que acarrea su materialización.

Espero que este trabajo satisfaga las expectativas planteadas, pues su propósito no es otro sino motivar a la reflexión en un tema que, hoy por hoy, resulta trascendente: propiciar que la intervención punitiva del Estado en el ámbito de las familias, se circunscriba a la efectiva y adecuada protección de los derechos de quienes las integran, procurando que la misma sólo se efectúe, como lo ha señalado Francisco Muñoz Conde, cuando se refieran “[...]a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana [...]”.

Juan Antonio Magaña de la Mora.

Octubre de 2015.

CAPÍTULO I

FAMILIA Y VIOLENCIA FAMILIAR

SUMARIO: 1.1. Antecedentes Históricos; 1.1.1. Origen de la Familia; 1.2. Evolución Histórica de la Familia; 1.2.1. Familia Consanguínea; 1.2.2. Familia Punalúa; 1.2.3. Familia Sindiásmica; 1.2.4. Familia Monogámica; 1.3. El Concepto de Familia; 1.3.1. Concepto Etimológico; 1.3.2. Concepto Doctrinal; 1.3.2.1. Familia en Sentido Extenso o Amplio; 1.3.2.2. Concepto de Familia en Sentido Restringido o Nuclear; 1.3.2.3. La Familia como Institución Natural; 1.3.2.4. Concepto Jurídico de Familia; 1.3.2.5. Concepto Sociológico de Familia; 1.4. Fuentes de la Familia; 1.4.1. El Matrimonio; 1.4.1.1. El Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y las Sociedades de Convivencia; 1.4.2. El Concubinato; 1.4.3 La Filiación; 1.4.4. La Adopción; 1.4.5. El Parentesco; 1.5. La Violencia Familiar. Marco Conceptual; 1.5.1. Causas de la Violencia Familiar; 1.5.2. Violencia Familiar y Violencia Doméstica; y, 1.5.3. Violencia Familiar y Violencia de Género.

1.1. Antecedentes Históricos.

En líneas subsecuentes, veremos a grandes rasgos las diferentes etapas o periodos en los que se manifiesta la constitución, desarrollo y estructura de la familia; sin desconocer que será imposible poder ubicar el momento exacto de su nacimiento, dado que no existen fuentes concretas que lo señalen.

En este sentido, es factible suponer que desde la aparición del hombre moderno, existieron tendencias naturales a la agrupación en cualquiera de sus formas, pues partiendo de la experiencia hemos advertido cómo los seres más inteligentes tienden a asociarse; por ende, únicamente cabe establecer la etapa en donde hipotéticamente se origina el primer antecedente de la asociación de grupos que dieron origen a la organización social que actualmente conocemos como familia y que dada su importancia ha sido considerada como la célula básica de la sociedad.

Al margen de la importancia de la determinación precisa del lugar y época del surgimiento de la familia, nos interesa esencialmente, con base en los datos históricos existentes, identificar su formación original así como los cambios de carácter integral y conceptual que ha experimentado en el curso de su evolución natural e institucional, pues a final de cuentas podríase concluir cómo el hombre se ha asociado en diversas formas tomando en cuenta el momento histórico de que se trata, pero la constante, resulta indudable, es su sentido gregario.

La doctrina se muestra unánime al reconocer que la familia es una asociación tan antigua como la propia humanidad¹; que la misma es producto espontáneo de la naturaleza²; que se constituyó inicialmente por exigencias biológicas de reproducción y por una necesidad de orden económico de los pueblos cazadores y agricultores, mediante uniones transitorias e inestables³.

Por ende, la investigación del origen y de la evolución de la familia, nos remite, necesariamente, al conocimiento de los albores de la humanidad, ya sea que aceptemos la teoría “creacionista”⁴, que afirma la intervención directa de un Ser Supremo, o la postura “evolucionista”⁵, cuya tesis esencial estriba en la afirmación de que el origen de todas las formas de vida es producto de la selección natural a través de la supervivencia del más fuerte.

Es un lugar común la afirmación de que “People have always lived in families, but what that means has changed dramatically over time”⁶. Ello nos conduce a considerar a la familia como un hecho de carácter histórico que, además, genera *per se* una serie de condicionantes y matizaciones que evolucionan a lo largo del tiempo⁷.

¹ CHÁVEZ ASENCIO, M. F., *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1985, p. 197.

² RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, Décimo Octava Edición, Porrúa, México, 1980, p. 466.

³ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, R., *Derecho Civil. Parte General, Personas y Familia*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2007, p. 227.

⁴ Basada en las raíces ideológicas del Cristianismo, según la cual el Creador del ser humano y centro del universo es Dios.

⁵ Propuesta en principio por Charles Darwin (1809-1882), científico británico, quien sentó las bases de la teoría moderna de la evolución con su concepto del desarrollo de todas las formas de vida a través del proceso lento de la selección natural. Su obra, *El Origen de las Especies* (1859), tuvo un enorme impacto en el pensamiento europeo de la segunda mitad del siglo XIX. Los principales argumentos de *El Origen de las Especies*, son, en primer lugar, que los tipos biológicos o especies no tienen una existencia fija ni estática sino que se encuentran en cambio constante. En segundo lugar, se esgrime que la vida se manifiesta como una lucha constante por la existencia y la supervivencia. En siguiente término, esta lucha por la supervivencia provoca que los organismos que menos se adaptan a un medio natural específico desaparezcan y permite, en consecuencia, que los mejores adaptados se reproduzcan; a este proceso se le llama “selección natural”. En cuarto lugar, la selección natural, el desarrollo y la evolución requieren de un enorme período de tiempo, tan largo que en una vida humana no se pueden apreciar estos fenómenos. Finalmente, las conclusiones de los postulados anteriores conducen a que las variaciones genéticas que producen el incremento de probabilidades de supervivencia son azarosas y no son provocadas ni por Dios (como pensaban los religiosos) ni por la tendencia de los organismos a buscar la perfección (como proponía Lamarck). Disponible [en línea] sitio http://sepiensa.org.mx/contenidos/historia_mundo/md_ph_ppal.html [accesada el 3 de febrero de 2013].

⁶ MAYNES, M. J. y WALTER, A., *The Family: A World History*, Oxford University Press, New York, 2012, p. VIII. “Los pueblos han vivido siempre en familias, pero lo que ello significa ha cambiado drásticamente con el transcurso del tiempo”.

⁷ *Idem*.

Desde una perspectiva metodológica, es factible emplear dos criterios orientadores que permiten apreciar la configuración de las comunidades humanas a las que denominamos “familia”. El primero de tales criterios consiste en la identificación de aspectos que pueden considerarse como condicionantes de la dimensión familiar a través del tiempo, tales como la división del trabajo según el género de los integrantes, los modelos educativos aplicados a los hijos o los procedimientos de selección de la pareja.

A partir de este primer criterio es posible identificar las variaciones que modulan la organización familiar, así como los diversos aspectos culturales, sociales, económicos y políticos que inciden en la base esencial de lo que constituye la familia. Tal como enfatizan Maynes y Walter al subrayar que el objetivo de emplear tal criterio metodológico es “[...] to show that the family as a social institution has a history”⁸.

A la luz de este tipo de análisis se pretende explicar, *ad ex.*, la poligamia y la monogamia, la selección de la pareja por los que ejercen la patria potestad, o la extensión del concepto de familia a los individuos con lazos y vínculos no necesariamente consanguíneos. Es decir, se pone el énfasis en la incidencia evolutiva que ha afectado la conformación, la tipología, así como la mayor o menor extensión de este específica comunidad de individuos a quienes se considera como “familia”⁹.

En este contexto, la herramienta analítica es, precisamente la historia, mientras el fenómeno que es objeto de la investigación es el núcleo – comunidad– familiar. Bajo esta perspectiva, las estructuras familiares, tal como enfatiza la aplicación de este criterio metodológico, se modifican y transforman constantemente a lo largo de la evolución de la sociedad humana, siendo afectadas por diversos tipos de procesos¹⁰ y dando origen a una serie de insoslayables mutaciones que permean el tejido social.

El segundo criterio consiste en identificar a la familia como agente del cambio histórico. A la luz de este enfoque, el núcleo familiar deviene la herramienta analítica, mientras que el proceso histórico es el objeto de estudio.

⁸ *Ibidem*, p. IX. “[...] demostrar que la familia como institución social, tiene historia”.

⁹ “[W]e put the family at the center of history [...]”. *Idem*. “[P]onemos a la familia en el centro de la historia”.

¹⁰ Políticos, económicos, culturales, por mencionar algunos.

De esta manera, “It is within the family that one first learns how to be a twenty-first-century American or learned how to be a sixteenth-century Chinese; family socialization is key to the construction of cultural or national identities”¹¹.

Resulta innegable que el núcleo familiar es un medio transmisor de una serie de valores considerados esenciales por la sociedad. Tales elementos axiológicos permiten identificar la base estimativa de todo colectivo según las diferentes coordenadas de tiempo y espacio, imprescindibles para entender el propio desarrollo histórico de la humanidad.

La trascendencia de la familia como agente operativo del cambio –o la permanencia social– es de tal naturaleza que “[...] contribute to social dynamism or stability, alongside and *sometimes even more powerfully than economic systems, government policies, or intelectual movements*”¹².

Considérese, *ad ex.*, el papel que, a lo largo de la historia de numerosas sociedades, ha desempeñado la familia en la transmisión del poder. Si ello es cierto por lo que corresponde a la línea de sucesión en contextos sociales en los que la titularidad del poder y su ejercicio se da a través de estructuras dinásticas¹³, no lo es menos en colectivos organizados políticamente en democracias¹⁴.

Ahora bien, los expertos dividen la historia de la humanidad en dos grandes etapas conocidas como *Prehistoria* e *Historia* propiamente dicha¹⁵.

¹¹ MAYNES, M. J. y WALTER, A., *op. cit.*, p. IX.

¹² *Idem*. El énfasis es propio. “[...] contribuye tanto al dinamismo como a la estabilidad social, de la misma manera y algunas veces incluso más poderosamente que los sistemas económicos, las políticas gubernamentales, o los movimientos intelectuales”.

¹³ El ejemplo de las monarquías hereditarias es la referencia para entender cómo, mediante el núcleo familiar que detenta la titularidad del poder, lo transmite, de generación en generación, mediante las líneas de la descendencia, llegando al extremo de asegurar la “pureza” de la transmisión mediante el casamiento entre individuos del mismo núcleo familiar, tal como acontecía en el Egipto faraónico.

¹⁴ También el contexto de las sociedades democráticas existen los casos de familias con una extraordinaria influencia política que, mediante la formación de sus descendientes en y para el ejercicio del poder, aseguran su elección –y continuidad “dinástica”– a las posiciones de control político (legislatura, administración central, y judicatura inclusive). Ejemplo paradigmático de lo anterior es la familia Kennedy, con una extraordinaria y decisiva influencia en la reciente historia política de los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁵ GONZÁLEZ MARTÍN, A. M., *En la Prehistoria*, Edimat, Madrid, 2006, p. 8.

La Prehistoria empieza con la aparición de los primeros homínidos¹⁶ sobre la faz de la Tierra (hace unos 2 millones de años¹⁷) y esta etapa se divide en dos periodos: la Edad de Piedra, que incluye el Paleolítico, el Mesolítico y el Neolítico y la Edad de los Metales, integrada por el Calcolítico, la Era de Bronce y la Era de Hierro; en tanto que la Historia inicia cuando el ser humano inventa la escritura (alrededor del año 4000 a. C.) y continúa hasta la actualidad, misma que se divide en Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna y Edad Contemporánea¹⁸. Los datos anteriores, nos permiten conocer que el ser humano tiene su antecedente más remoto en la época prehistórica.

1.1.1. Origen de la Familia.

Engels¹⁹ sostiene que la aparición del ser humano se originó en el Continente Americano, en la época Prehistórica y afirma que Lewis Henry Morgan, en su obra la *Sociedad Antigua*, fue el primero que introdujo un orden preciso en la clasificación de las tres épocas principales que la conforman: “salvajismo, barbarie y civilización”, que aún y cuando sólo se ocupa de las dos primeras y del paso a la tercera, subdividió aquéllas, en los estadios inferior, medio y superior, en donde analiza el surgimiento y evolución del hombre según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia, agregando que el desarrollo de la familia opera de forma paralela con los avances en la obtención de la materia de subsistencia. De ahí la importancia de conocer en un primer término el curso del avance en esa materia.

Siguiendo a Morgan y con base en los datos históricos por él reunidos, Engels²⁰ describe las etapas a que se refiere su clasificación, diciendo que en la primera denominada del *salvajismo*, que se ubica en el *estadio inferior* (infancia del género humano), “los hombres permanecían aún en los bosques y vivían

¹⁶ El llamado *australopithecus*, cuya especie *robustus* ahora sabemos fue contemporánea del *homo habilis*, el primer espécimen del género *homo*, al que pertenecemos los seres humanos modernos. Cfr. SAGAN, C., *Los Dragones del Edén. Especulaciones sobre la Evolución de la Inteligencia Humana*, trad. de R. A., Grijalbo, México, 1993, pp. 112-116.

¹⁷ Aunque algunos autores elevan la duración del Cuaternario a 3 ó 4 millones de años, la cifra mayoritariamente reconocida es de 2 a 1.6 millones de años. GONZÁLEZ MARTÍN, A. M., *op. cit.*, p. 8.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ ENGELS, F., *El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, Tecnibook, Buenos Aires, 1970, p. 22.

²⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, A. M., *op. cit.*, p. 23.

parcialmente, en los árboles; esta es la única explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes. Los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal progreso de esta época es la formación del lenguaje articulado, aunque este periodo duró, probablemente, muchos milenios, no podemos demostrar su existencia basándonos en testimonios directos; pero si admitimos que el hombre procede del reino animal, debemos aceptar, necesariamente, ese estado transitorio”.

El “*Estadio medio*, comienza con el empleo del pescado como alimento con el uso del fuego...con este nuevo alimento los hombres se hicieron independientes del clima y de los lugares; siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares pudieron, aún en estado salvaje, extenderse sobre la mayor parte de la Tierra. Los toscos instrumentos de piedra sin pulimentar de la primitiva Edad de Piedra, conocida con el nombre de Paleolítico; la caza, que con la invención de las primeras armas –la maza y la lanza–, llegó a ser un alimento suplementario ocasional...”²¹, denotan que eran nómadas y se organizaban en familias que se reunían para la cacería.

A su vez, el denominado “*Estadio superior*, comienza con la invención del arco y la flecha, gracias a los cuales llega la caza a ser un alimento regular y el cazar, una de las ocupaciones normales. El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo [...] se encuentran ya algunos indicios de residencia fija en aldeas, cierta maestría en la producción de medios de subsistencia: vasijas y trabajos de madera, el tejido a mano [...] instrumentos de piedra pulimentada (Neolítico). En la mayoría de los casos, el fuego y el hacha de piedra han producido ya la piragua formada de un solo tronco de árbol y en ciertos lugares las vigas y las tablas necesarias para construir viviendas [...]”²²; es una etapa en que la recolección era más importante que la cacería, la organización social que prevalecía era la conformación de familias nucleares con relaciones muy débiles con otros grupos familiares, por ser el inicio de los primeros contactos sociales.

De las ideas anteriores, podemos advertir que en el periodo denominado como *salvajismo*, se dan los primeros vestigios de la existencia del ser humano, etapa en que, como cualquier otro animal, el hombre por necesidad depende del

²¹ *Ibidem*, p. 24.

²² *Idem*.

medio físico para su subsistencia, por lo que en su interrelación hombre—entorno, empieza de manera desarticulada e individual a utilizar los productos que encuentra en la naturaleza adaptándolos a sus necesidades de sobrevivencia y una vez que se familiariza con su medio procede a transformarlos de manera rudimentaria para obtener mejor provecho de ellos, sobre todo en lo referente a la alimentación y lugares donde resguardarse del clima y de los animales con los cuales tenía que convivir.

En la segunda fase que corresponde a la *barbarie*, el *estadio inferior*, “empieza con la introducción de la alfarería y la costumbre de recubrir con arcilla las vasijas de cestería o de madera para hacerlas refractarias al fuego; hasta este curso el desarrollo es general en todos los pueblos”²³ pero con “la domesticación y cría de animales y el cultivo de las plantas”²⁴ se hace la gran diferencia en virtud de condiciones naturales diferentes en los dos grandes continentes, “desde este momento la población de cada hemisferio se desarrolla de una manera particular, y los mojones que señalan los límites de los estadios particulares son diferentes para cada uno de los hemisferios”²⁵.

El *estadio medio*, por su parte, se inicia con “la domesticación de animales y en el Oeste, con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y con el empleo de adobes (ladrillos de arcilla secados al sol) y de la piedra para la construcción”²⁶; a partir de este periodo en todas partes donde existe vida humana se conoce el cultivo de las plantas y se cree que ya conocían el cultivo “del maíz y quizás de la calabaza, del melón y otras plantas de huerta que les suministraban una parte muy esencial de su alimentación; vivían en casas de madera, en aldeas protegidas por empalizadas”²⁷, siendo la principal fuente de producción “el cultivo de plantas y la domesticación de animales para el suministro de leche y carne”²⁸, propiciando que donde la tierra era más fértil se dedicarían a la vida pastoril, apareciendo en consecuencia las familias grupales y de vida sedentaria²⁹.

²³ *Ibidem*, pp. 23-24.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, pp. 24-25.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, pp. 25-26.

El *estadio superior* de esta época, “comienza con la fundición del mineral de hierro, y marca el paso a la etapa de la *civilización*”³⁰.

En el periodo de *la barbarie*, notamos cómo el hombre empieza a desarrollar sus habilidades innatas de inteligencia y destreza, comenzando a modificar los objetos que encuentra en la naturaleza para elaborar instrumentos que no sólo le sirven como medio de defensa, sino que además le permiten adquirir otra fuente de alimentación al desarrollar la caza, la ganadería y la agricultura, actividades éstas que necesariamente implican la colaboración de grupos de personas para llevarlas a cabo.

Ahora bien, el estadio de *la civilización*, se inicia “con el invento de la escritura alfabética y su empleo para la notación literaria [...] a este pertenecen los griegos de la época heroica, las tribus ítalas poco antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los normandos del tiempo de los vikingos [...] La principal herencia de los griegos a la civilización la constituyen instrumentos de hierro perfeccionados, los fuelles de fragua, el molino de brazo, la rueda de alfarero, la preparación del aceite y del vino, el labrado de los metales elevado a la categoría de arte, la carreta y el carro de guerra, la construcción de barcos con tablones y vigas, los comienzos de la arquitectura como arte, las ciudades amuralladas con torres y almenas, las epopeyas homéricas y toda la mitología”³¹.

González Martín continúa destacando que “Con el hierro aparece por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos”³², lo que propicia el surgimiento de la agricultura y con ello el aumento de la población y de los asentamientos humanos en un solo lugar.

Vemos cómo en el ciclo de la *civilización*, el hombre continúa evolucionando en el aprendizaje de la elaboración de objetos de labranza, pero además se inicia en la producción de armas que le permiten defenderse de los animales salvajes y de sus congéneres, virtud a que con la producción de la agricultura y ganadería, surge el sentido de propiedad sobre las cosas que se hacen o se apropian del medio natural; asimismo el invento de la escritura, el descubrimiento del hierro y su transformación propician el surgimiento de la industria y el contacto con otras poblaciones eleva la cultura e inicia el

³⁰ *Ibidem*, pp. 27-28.

³¹ *Idem*.

³² *Idem*.

conocimiento del arte; por el incremento en la actividad de los medios de producción, podemos deducir que en esta época la constitución de la familia se encuentra formalmente reconocida.

Del estudio de las etapas en que se divide la época prehistórica, según la clasificación de Morgan, analizados *ut supra*, queda claro que, en su origen, el hombre nace desprotegido ante un medio hostil y en el proceso de adaptación en un principio tuvo que residir a semejanza de los primates en las copas de las árboles para guarecerse de las fieras salvajes con las que tenía que convivir; posteriormente se alojó en cuevas para resguardarse de las inclemencias del tiempo y para obtener productos que lo alimentaran tenía que trasladarse a diferentes puntos del globo terráqueo, donde tuvo contacto con seres semejantes a él con los que empezó a relacionarse.

En esa fase de contacto primario, se cree que principalmente por razones de sobrevivencia y reproducción, el hombre primitivo empieza a asociarse con sus similares para formar agrupaciones como clanes, hordas o tribus, teniendo como base inicial de todas ellas, a la familia, dando nacimiento así a la institución de mayor relevancia para su subsistencia; pero el hecho fundamental es que se va caracterizando por ser un ente eminentemente social, que necesita de la convivencia con sus iguales.

De ahí, entonces, que se afirme que “el clan fue la primera expresión de solidaridad humana, la forma más primitiva de unión destinada a lograr una posibilidad de defensa común”³³, que a cuestiones afectivas, sin embargo, a medida que los sentimientos de los individuos se fueron afinando, los lazos sentimentales entre el hombre y la mujer fueron emergiendo³⁴.

En virtud de que en la época primitiva de la humanidad, los hombres se dedicaban a la caza y a la recolección de frutos, su vida era itinerante y el contacto sexual con la mujer, transitorio. Por ende, no cobraba importancia el saber quién era el padre de los hijos que procreaba la mujer, ya que su obligación era permanecer en su clan y a su vez los hombres no podían abandonar el suyo, por lo que en este estadio no existía el vínculo entre el padre y sus hijos por ser los lazos fraterno-filiales más intensos que los sentimientos entre el varón y la mujer, en consecuencia, la familia en esta etapa se conformó con el jefe que

³³ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, R., *op. cit.*, p. 231.

³⁴ *Vid. Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XI, Driskill, Buenos Aires, 1986, p. 978.

generalmente era el padre y sus descendientes, pero la filiación se identifica exclusivamente por la vía materna.

Respecto a la constitución de la familia en sus orígenes, los doctrinarios sostienen dos teorías. Una afirma la existencia de una etapa de promiscuidad sexual en la familia primitiva; así, Engels dice que de acuerdo con los antecedentes históricos de la familia recabados por Morgan y sus colegas³⁵ llegan a la conclusión de que “existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas la mujeres”³⁶.

Mientras que otros niegan esa supuesta etapa promiscua, entre ellos el propio Engels, quien pone en duda la existencia de dicha etapa debido a la ausencia de pruebas directas que lo demuestren³⁷, o Chávez Ascencio, al considerar “que se debe tomar en cuenta que muchas de las conclusiones a las que se llegó sobre el origen de la familia, no están de todo fundadas en el avance de las ciencias sociales y hay mucho de imaginación”³⁸. De igual forma, Osorio y Nieto³⁹, contradice la existencia de esa supuesta promiscuidad en tal etapa de la familia, argumentando que no existe ninguna evidencia ni en los seres paleolíticos ni en los grupos sociales más primitivos de que se hubieren dado tales condiciones.

Lo cierto es que al margen de la dudosa existencia del periodo de promiscuidad sexual, en la etapa primitiva de la familia, a partir de la Prehistoria y conforme evoluciona ésta, se empiezan a clasificar diversos tipos de “familia”, cuya formulación contiene implícita la interacción sexual de sus integrantes.

1.2. Evolución Histórica de la Familia.

En su mayoría, los teóricos coinciden respecto a que los antecedentes evolutivos de la familia se distinguen por la denominación que en cada periodo se le dio a esta particular agrupación dentro del colectivo, definición que según su contenido puede decirse, se ha configurado tomando como base las

³⁵ Johann Jakob Bachofen (1815–1887) y John Ferguson McLennan (1827–1881).

³⁶ ENGELS, F., *op. cit.*, pp. 44 y 45.

³⁷ *Idem.*

³⁸ CHÁVEZ ASCENCIO, M. F., *op. cit.*, p. 197.

³⁹ OSORIO Y NIETO, C. A., *Ensayos Penales*, Segunda Edición, Porrúa, México, p. 247.

características de la clase de unión sexual que prevaleció en cada uno de ellos⁴⁰, aceptando generalmente la clasificación de cuatro tipos de familia: *consanguínea*, *punalúa*, *sindiásmica* y *monogámica*.

En los siguientes párrafos se describen *grosso modo* dichas modalidades.

1.2.1. Familia *Consanguínea*.

Pertenece a la primera etapa de la familia, “aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con los hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes y sus hijos, los biznietos de los primeros. En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos son los únicos que están excluidos entre sí de los deberes (pudiéramos decir) del matrimonio”⁴¹.

Vemos cómo en este estadio sólo se prohíben las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, todos los demás integrantes de cada generación se consideraban cónyuges entre sí colectivamente; además, “no existe la noción de pareja conyugal y la prohibición de incesto se refiere únicamente a las relaciones entre padres e hijos”⁴².

1.2.2. Familia *Punalúa*.

Esta modalidad familiar caracterizó por constituir el matrimonio por grupos, en donde se empezó a “excluir a los hermanos y hermanas del comercio sexual recíproco [...] cada grupo conyugal se encontraba constituido del modo siguiente: una serie de hermanas (es decir, de mujeres pertenecientes a una misma generación dentro de una familia e incluyendo primas en segundo o tercer grado) eran mujeres comunes de una serie de maridos comunes de la cual estaban excluidos sus propios hermanos (es decir, hermanos uterinos y demás

⁴⁰ MASSET, C., “Prehistory of the Family”, en BURGUIÈRE, A. *et al.* (eds.), *A History of the Family*, V. I, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachussets, 1996, pp. 80-82.

⁴¹ ENGELS, F., *op. cit.*, pp. 39 y 40. Además es recomendable la consulta de PACHECO, A., *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, Segunda Edición, Panorama Editorial, México, 1998, p. 24.

⁴² CHÁVEZ ASCENCIO, M. F., *op. cit.*, p. 199.

miembros de la misma generación dentro de la familia)”⁴³, los hombres que integraban este grupo sexual, se llamaban entre sí *punalúa*, que significaba “compañero íntimo”⁴⁴.

La familia punalúa constituyó un descubrimiento de Morgan, quien la ubica concretamente en las Islas de Hawaii, en donde dice se practicaba ese tipo de matrimonios por grupos, cuya transformación fue gradual iniciándose primeramente con la “exclusión de los hermanos uterinos (es decir, de padre y madre) [...] y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundo y primos terceros)”⁴⁵ y de donde según él, se desprenden los grados de parentesco conocidos en el sistema americano. Esta clase de matrimonios grupales da origen de igual forma a las *gens*.

Por otra parte, para este mismo autor queda claro que “donde exista el matrimonio por grupos, la descendencia sólo puede establecerse por la línea materna”⁴⁶, y por consiguiente, sólo se reconoce la línea femenina, aunque acepta que ya afloraban “relaciones exclusivistas, uniones por parejas, a plazo más o menos largo”⁴⁷, que se formaban naturalmente dentro de los integrantes del grupo conyugal.

En ese periodo como en los anteriores, resalta como característica común la forma natural de convivencia sexual, de donde resulta obvia la imposibilidad del conocimiento de la paternidad biológica por parte del hombre, en oposición a lo que acontece respecto a la mujer pues por ser su vientre donde se desarrolla la gestación del producto de la concepción, su maternidad es visible e inobjetable, lo que justifica que durante los periodos en que la interacción sexual se efectuaba con persona transitoria o entre grupos, se le haya conocido como “matriarcado”, pero esa denominación no se le otorgó porque la mujer tuviera un poder de dominación sobre el varón, sino debido a que el parentesco se distinguía exclusivamente por la vía materna.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, V. III, Segunda Edición, Porrúa, México, 2001, p. 6.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ ENGELS, F., *op. cit.*, pp. 41-47.

En este estadio se dieron los primeros visos de selección individual, al empezar a elegir tanto el hombre como la mujer compañeros favoritos dentro del grupo de convivencia común.

1.2.3. Familia *Sindiásmica*.

La selección natural siguió su curso y conforme fueron aumentado “las *gens* e iban haciéndose más numerosas las clases de ‘hermanos’ y de ‘hermanas’, entre quienes ahora era imposible el matrimonio [...] entre parientes consanguíneos”⁴⁸, esta situación provocó que fueran “cada vez más imposibles las uniones por grupos, las cuales fueron sustituidas gradualmente por la *familia sindiásmica*”⁴⁹.

En este contexto grupal, “un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional, siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dura la vida en común y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y los hijos sólo pertenecen a la madre”⁵⁰.

La progresiva exclusión, “primero de los parientes cercanos, después de los lejanos y, finalmente de las personas meramente vinculadas por alianza”⁵¹, provocó la unión de parejas únicas pertenecientes a *gens* o grupos extraños al suyo, lo que a su vez trajo como consecuencia que los hombres tuvieran que buscar pareja, bien fuera a través de la compra o el rapto. No obstante que no se suprime el hogar comunitario, las mujeres gobernaban en la casa y recibían un trato respetable por ser las madres de los hijos, toda vez que aún persistía la incertidumbre de conocer con precisión al verdadero padre, debido a que seguía practicándose la poligamia por vía del varón.

Como se puede observar, el matrimonio sindiásmico, constituido por un hombre y una mujer sin vínculos consanguíneos, a través del tiempo, sufrió

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 49-50.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 50-51.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 52-53.

diversas transformaciones hasta llegar a conformar el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer como lo conocemos en la actualidad y respecto del cual se harán algunas consideraciones en el siguiente apartado.

1.2.4. Familia Monogámica.

La transición a esta etapa se debe principalmente a cuestiones económicas. Ello, debido porque “al introducirse la cría de ganado, la elaboración de los metales, el arte del tejido, y por último, la agricultura”⁵², se empezó a desarrollar el sentido de la propiedad privada sobre el ganado, los objetos que elaboraban y los productos obtenidos por medio de la agricultura, “convirtiéndose todas esas riquezas en propiedad particular de las familias”⁵³, y toda vez que el “matrimonio sindiásmico había introducido en la familia un elemento nuevo. Junto a la verdadera madre, había puesto al verdadero padre”⁵⁴, acentuándose, con dicha situación, la división de trabajo en la familia, correspondiendo al hombre procurar la alimentación y los instrumentos de trabajo necesarios para ello y a la mujer realizar las labores del hogar.

En consecuencia, el hombre era propietario de todos los recursos obtenidos, lo que le dio un poder de supremacía sobre la mujer y se le consideraba el “jefe” de familia⁵⁵.

Pero el ser humano pronto se dio cuenta que no obstante que él era el propietario de toda la riqueza acumulada con la fuerza de su trabajo e integrantes de su familia, y que reconocía como sus hijos a los procreados con su compañera única o principal, sin embargo, no era factible heredarles a sus descendientes consanguíneos sus propiedades porque aún en ese estadio, probablemente por costumbre, “la descendencia sólo se contaba por línea femenina”⁵⁶, y como “sus bienes debían quedar, en la *gens* [...] estos pasaban [...] a los parientes más próximos, es decir, a los consanguíneos por línea materna, pero los hijos del difunto no pertenecían a su *gens*, sino a la de la madre”⁵⁷.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 60-61.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁷ *Idem.*

Para subsanar dicha problemática, el varón modificó esta forma de filiación y determinó que “en lo venidero los descendientes de un miembro masculino permanecerían en la gens, pero los de un miembro femenino saldrían de ella [...] así quedaron abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno, sustituyéndolos la filiación masculina y el derecho hereditario paterno”⁵⁸.

Con la substitución de la filiación femenina por la masculina surge la familia patriarcal⁵⁹, con una organización diferente: es presidida por el *pater familia*, quien ejerce la potestad sobre todos los integrantes de la gens, la cual se conforma por sus descendientes, su esposa, las esposas de sus hijos y los esclavos, sobre quienes ejercía un dominio absoluto, “esta forma de familia señala el tránsito del matrimonio sindiásmico a la monogamia, para asegurar la fidelidad de la mujer y, por consiguiente, la paternidad de los hijos, aquella es entregada sin reservas al poder del hombre: cuando este la mata, no hace más que ejercer su derecho”⁶⁰.

A partir de esta época, la mujer es nulificada como persona, no se le reconoce ningún derecho y se le considera únicamente como objeto de procreación⁶¹.

En resumen, en la familia monogámica, encontramos “una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad”⁶².

Además, se restringe la libertad de la esposa, a la vez que el hombre aumenta sus privilegios hasta llegar al sometimiento total de la familia respecto de él, que es símbolo de autoridad⁶³; la base de la familia se fundamenta en el poderío del varón, radicado tanto en lo económico⁶⁴, como sobre la pareja y tiene como objetivo procrear hijos de paternidad cierta, que serán los herederos de la fortuna paterna⁶⁵.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 62-63.

⁵⁹ REED, E., *Woman's Evolution. From Matriarchal Clan to Patriarchal Family*, Pathfinder Press, New York, 1975, pp. 21 *et seq.*, 361-363.

⁶⁰ ENGELS, F., *op. cit.*, p. 63.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*.

⁶³ CHÁVEZ ASCENCIO, M. F., *op. cit.*, p. 34.

⁶⁴ Es decir, la propiedad privada.

⁶⁵ MAGALLÓN IBARRA, J. M., *op. cit.*, p. 7.

Como institución, la monogamia fue desarrollada primeramente por los helenos y por los romanos⁶⁶, luego el cristianismo la elevó a norma absoluta⁶⁷, en oposición a todas las demás religiones; no obstante ello, nunca ha existido la monogamia total, pues junto con ella ha sobrevivido la poligamia que ha sido considerada como un privilegio, primero de los nobles y luego de los ricos⁶⁸.

Siguiendo el desarrollo de las formas en que se ha clasificado a la familia, se puede vincular ésta con “los estadios fundamentales de la evolución humana, así podemos señalar que al salvajismo corresponde”⁶⁹ la familia consanguínea y la denominada punalúa; “a la barbarie, el matrimonio sindiásmico; y a la civilización el monogámico [...] la peculiaridad del progreso que se manifiesta en esta sucesión consecutiva de formas de matrimonio consiste en que se ha ido quitando más y más a las mujeres, pero no a los hombres, la libertad sexual del matrimonio por grupos”⁷⁰, sin embargo, la monogamia aplica sólo para las mujeres, mientras que los hombres generalmente siguen practicando la poligamia de forma discrecional. La otra característica notoria es que de vivir la mujer en una meridiana libertad, pasó al sometimiento y dominio del hombre, al grado de ser considerada como un simple objeto de procreación.

Empero, en los estadios de referencia la palabra “matrimonio”, tenía una significación diferente a como se concibe en la actualidad, por virtud a que en épocas anteriores se le denominaba así a la unión consuetudinaria entre hombres y mujeres, cuando tenían como finalidad la fundación de una familia, sin que en un principio existieran ritos que formalizaran el inicio de la relación matrimonial, concretándose ésta de manera natural con la simple convivencia de los grupos o pareja, por lo que se puede decir que era la fundación de la familia lo que originaba el matrimonio.

No obstante ello, se afirma que la religión fue la base fundamental de “la regulación de la vida individual y colectiva de las primeras comunidades humanas, fundamentalmente en lo que se refiere a la organización de la

⁶⁶ REED, E., *op. cit.*, pp. 589-594.

⁶⁷ WITTE JR., J., *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Second Edition, Westminster John Knox Press, Louisville, 2012, pp. 53-110.

⁶⁸ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 305.

⁶⁹ ENGELS, F., *op. cit.*, pp. 84-85.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 85.

familia⁷¹, de tal forma que el matrimonio, la filiación y la patria potestad, se reglamentó desde sus inicios por tabúes diversos, entre ellos la prohibición del incesto (relaciones sexuales entre padres e hijos), posteriormente, de “la creencia [...] de que todos los miembros descienden de un mismo tótem o antepasado común, que puede ser un animal o planta, se deriva la consecuencia lógica de que son hermanos entre sí”⁷², siendo este el motivo por el cual se prohibió el matrimonio entre hermanos y empezó a celebrarse entre hombres y mujeres pertenecientes a distintos grupos⁷³.

Esta relación matrimonio-religión, se ha dejado sentir en casi todos los pueblos de Europa, sobre todo a partir del siglo X, en que la Iglesia Católica empezó a regular las relaciones matrimoniales hasta llegar a dominar de forma exclusiva su constitución, llegando al grado de declarar indisoluble la unión matrimonial celebrada por sus ministros.

A partir de esa época se introducen en la celebración del matrimonio ceremonias sacramentales en las cuales se invoca a la autoridad divina para que bendiga y fertilice el matrimonio⁷⁴.

En el contexto contemporáneo, la familia se concibe como la base –*núcleo esencial*– de la sociedad, a la vez que el tiempo ha logrado transformar las motivaciones y fines del matrimonio⁷⁵.

A partir de la configuración social que se experimenta con los cambios y las transformaciones derivadas de la época moderna, el vínculo conyugal tiene su base principal en los sentimientos de la pareja, forjando una unión sólida de ayuda recíproca; esta convivencia determina la necesidad de un patrimonio común, integrado por el aporte de cada uno de los miembros para subvenir las necesidades de todos los integrantes de la familia; y surge la sucesión legítima en casi todos los países⁷⁶.

⁷¹ ROJINA VILLEGAS, R., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Trigésimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003, pp. 206-207.

⁷² *Ibidem*, p. 210.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ ENNECCERUS, L. *et al.*, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia* [trad. Blas Pérez González y José Alguer], Volumen IV, Parte 2, Bosch, Barcelona, 1946, p. 13.

⁷⁵ DIDUCK, A. y KAGANAS, F., *Family Law, Gender and the State. Text, Cases and Materials*, 3rd. Ed., Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 191 *et seq.*

⁷⁶ ENNECCERUS, L. *et al.*, *op. cit.*, p. 13.

Es precisamente en este ámbito temporal que, al menos con base en el Derecho –aunque no de hecho⁷⁷–, la mujer llega a una igualdad jurídica prácticamente en todos los aspectos.

Así, *ex lege* adquiere el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos; el derecho a heredar, de propiedad, de celebración de contratos, derechos laborales; practica el comercio y tiene acceso a la educación en igualdad de circunstancias que los varones; la familia conyugal es monogámica, nuclear e independiente; existe la libre elección de pareja que ahora se fundamenta en el amor; el divorcio es voluntario y necesario bajo causales determinadas expresamente por la ley, que disuelven el vínculo matrimonial dejando a los consortes aptos para contraer nuevas nupcias⁷⁸.

En la época actual, se considera al matrimonio como la base de la familia y como una institución que genera derechos y obligaciones recíprocos entre los consortes; la ley declara la igualdad entre el hombre y la mujer; se reconoce el concubinato como fuente de derechos y obligaciones entre la pareja y los hijos de ambos; en la familia cada vez es más reducido el número de sus integrantes y los cónyuges comparten en igualdad de circunstancias los deberes de manutención, educación y cuidado de los hijos; se reduce al extremo el antiguo derecho de corrección sobre los menores, al grado de que el derecho punitivo castiga cualquier exceso de violencia entre familiares.

Si bien a partir del siglo XX es evidente la creciente intervención del Estado en la regulación de las relaciones familiares, las medidas adoptadas han sido usualmente en beneficio y protección de la familia, respetando en todo momento su libertad en las cuestiones más íntimas, como la religión, educación y costumbres culturales⁷⁹; por otra parte, el derecho positivo ha evolucionado constantemente creando o modificando las leyes existentes sobre las personas y la familia, tendientes a reforzar la defensa de los integrantes más débiles del núcleo familiar, por ser el matrimonio y la familia instituciones de eminente interés social⁸⁰.

⁷⁷ Vid. *infra* los capítulos II y IV de esta investigación.

⁷⁸ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, R., *op. cit.*, pp. 239 y 240; asimismo, BECKER, G. S., *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 362-382.

⁷⁹ HARRIS-SHORT, S. y MILES, J., *Family Law. Text, Cases and Materials*, 2nd. ed., Oxford University Press, New York, 2011, pp. 12-26.

⁸⁰ Sobre este aspecto, la literatura jurídica es abundante y con mayor frecuencia especializada (menores de edad, adultos mayores, mujeres, por mencionar sólo algunos de los grupos más representativos). Vid., por

Todos los elementos referidos dan como resultado el surgimiento de un nuevo prototipo de familia, conformada por un matrimonio de constitución voluntaria, fundado en la relación afectiva de los cónyuges y no sólo en la procreación; se hace patente el reconocimiento de los padres del deber de proporcionar cariño, protección y cuidado a los hijos, compartiendo la responsabilidad de manutención; los hijos gozan de libertad e independencia; esta transformación es el reflejo de la lucha constante por el reconocimiento de valores como igualdad, libertad y equidad de género.

Sin embargo, esa familia modelo –trátase de la familia consanguínea, familia-casa o grupal, o monogámica–, que data de un poco más de cuatro siglos, que era depositaria y transmisora a la vez de un repertorio de patrimonios culturales –materiales y simbólicos– como lengua, valores, costumbres, creencias, conocimientos, habilidades, virtudes y bienes materiales, desde hace algunas décadas presenta cambios importantes que han modificado totalmente su constitución.

En efecto, tal como lo indican Burguière *et al.*, “nowadays it is no longer possible to look at the family and the way it has developed over time without integrating the aspects which are classically treated by historians of the family (demography, private life, family roles, relations between state and family) with other themes more specifically anthropological in nature, such as the place and the role of the kin in the organization of the matrimonial field; structuration into clans; lineages, lines and kinship groups; social customs among kin; transmission of goods both material and symbolic; family life cycles and rites of passage”⁸¹.

Asimismo, entre los factores más trascendentes de ese cambio podemos destacar, en primer término, el fenómeno insoslayable de la industrialización y la

todos, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *et al.*, *Protección Jurídica de la Persona, Tolerancia y Libertad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.

⁸¹ Cf. BURGUIÈRE, A. *et al.*, “The Family: What Next?”, en Burguière, A. *et al.*, *A History of the Family*, Vol. Two, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 531. “Hoy en día ya no es posible mirar a la familia y la forma en que se ha desarrollado a lo largo del tiempo, sin integrar los aspectos tratados de manera clásica por los historiadores de la familia (demografía, vida privada, roles familiares, relaciones entre el estado y la familia) con otros temas de naturaleza más específicamente antropológica, tales como el lugar y el papel de los parientes en la organización del ámbito matrimonial; la estructuración en clanes; linajes, líneas y parentesco grupales; costumbres sociales entre parientes; transmisión de bienes tanto materiales como simbólicos; ciclos de vida familiar y ritos de introducción”.

tecnologización, que aleja al individuo del hogar –es decir, del autoconsumo pasa al trabajo asalariado–⁸².

En segundo lugar, es notorio el impacto que ha tenido en la configuración del modelo de familia el ingreso de la mujer a la vida laboral⁸³.

Aspecto que no puede ignorarse es la adjudicación del Estado respecto de la impartición de la educación básica y media, con la consiguiente uniformidad en los diversos planes y programas de estudio.

Por supuesto, la revolución de los medios de comunicación es otros de los factores relevantes que inciden en el nuevo modelo de familia, pues introducen nuevas formas de valores y de expresión.

Finalmente, *last but not least*, la globalización económica y cultural, con el consiguiente efecto irradiador de transculturación y mutación, la excesiva permeabilidad de los ordenamientos jurídicos y la inevitable circulación de las experiencias sociales y ciertamente jurídicas entre los distintos ámbitos geográficos, sin soslayar tampoco el moderno fenómeno migratorio con inevitables consecuencias en el ámbito familiar⁸⁴. Como indican Maynes y Waltner, “the evolution of family life continues to shape, and be shaped by, historical forces. Now more than ever, these changes take place in a global framework [...] in many realms of contemporary ‘family history in the making’, there are simultaneously local or national as well as transnational or global forces at play”⁸⁵.

Todos los elementos mencionados han ocasionado, sin duda, la reestructuración de la familia⁸⁶; ahora es más común la separación de parejas; abundan las familias encabezadas por un solo progenitor –generalmente madres solteras, pero es cada vez más ingente el número de padres solteros–; cunde el

⁸² Tal como afirma Segalen, “it is industrialization rather than the Industrial Revolution that should be credited with the changes which affected the family institution”. Cf. Segalen, M., “The Industrial Revolution: from Proletariat to Bourgeoisie”, en *ibidem*, p. 377. “Es la industrialización, más que la Revolución Industrial, a la que deben acreditarse los cambios que afectaron a la institución familiar”.

⁸³ *Ibidem*, pp. 383-385, 389.

⁸⁴ MAYNES, M. J. y WALTNER, A., *The Family: A World History*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 117.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 117-118. “La evolución de la vida familiar continúa modelando, y siendo modelada por, fuerzas históricas. Ahora más que nunca, estos cambios tienen lugar en un marco global [...] en muchas áreas de la ‘construcción de la historia de la familia’ contemporánea, hay fuerzas locales o nacionales, así como también transnacionales y globales, simultáneamente en juego”.

⁸⁶ O bien, “mutación de las estructuras familiares”, en términos empleados por Segalen. Cfr. *ibidem*, p. 401.

reconocimiento y como consecuencia aumentan las relaciones concubinarias; surgen nuevas formas de procreación – tales como la concepción asistida, *in vitro*, selección embrionario–; se reconocen las parejas homosexuales, y en general, el replanteamiento de los roles que antes se asumían a partir de la condición femenina o masculina⁸⁷.

1.3. El Concepto de Familia.

Como hemos podido observar de lo expuesto en los párrafos precedentes, esta específica comunidad que integra la “familia” ha experimentado cambios importantes a lo largo del tiempo.

Esta evolución ha sido condicionada, sin lugar a dudas, por criterios de espacio geográfico, económicos, religiosos, morales y políticos.

En este mismo contexto, no puede soslayarse la influencia de factores filosóficos, sociológicos, políticos, culturales, jurídicos o antropológicos, que configuran una gran diversidad conceptual, teniendo como consecuencia un innegable relativismo, que ha sido entendido como “controversial”⁸⁸.

La complejidad conceptual del vocablo “familia” no es sino el reflejo de la variedad de elementos que pueden incluirse –o no– en la propia definición⁸⁹. Tal polisemia del término testifica, de manera evidente, las modalidades históricas de la institución que denomina, por lo que sería difícil enumerar todas sus acepciones⁹⁰.

Sin embargo, la definición clásica⁹¹ de familia es la que ofrece Murdock, autor que indica que por tal, debe considerarse el “grupo social caracterizado por una residencia común, cooperación económica y reproducción de sus integrantes, donde existen, por lo menos, dos adultos de diferente sexo que

⁸⁷ Es decir, la igualdad de género y su consecuencia, la adopción de la perspectiva de género para la configuración de numerosas tareas en el quehacer público.

⁸⁸ CHEAL, D., *Families in Today's World: A Comparative Approach*, Routledge, London, 2008, p. 1.

⁸⁹ PETERS, J. F., “Redifining Western Families”, en SETTLES, B. H. *et al.* (eds.), *Concepts and Definitions of Family for the 21st. Century*, Routledge, New York, 2009, pp. 55-66.

⁹⁰ RIBBENS MCCARTHY, J. y EDWARDS, R., *Key Concepts in Family Studies*, SAGE Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi/Singapore, 2010, p. 70.

⁹¹ Misma que, no obstante, ha cambiado con el transcurso del tiempo, específicamente de la segunda mitad del siglo XX a la fecha.

mantienen una relación sexual socialmente aprobada, y uno o más menores, propios o adoptados, de los integrantes que cohabitan sexualmente”⁹².

Otras aportaciones conceptuales del término son la de Trejo, quien afirma que la familia es “un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación [...] Si bien la institución del grupo familiar, tiene un origen biogenético, la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar”⁹³.

Igualmente, Rossignoli y Gili destacan que “La familia es una sociedad de hombres, esto es, la reunión de varios hombres que procuran un bien común. Mas lo primero que se advierte respecto de esta unión, es el hecho de cohabitar los miembros de ella (los padres, los hijos y los criados) bajo un mismo techo, o al menos (si se trata de gente nómada) bajo la misma tienda. Por eso las palabras latinas que se refieren a la familia, como *domus*, *dominus*, *domesticus*, se derivan del verbo ‘construir’ [...] De todo esto resulta que el hogar doméstico no importa solamente, como toda sociedad humana, algún vínculo de unión para alcanzar un fin común, sino que requiere la convivencia de sus miembros, si bien accidentalmente pueda estar alguno de ellos lejos del techo nativo”⁹⁴.

Por su parte, Aristóteles la definió como “una convivencia querida por la naturaleza misma para los efectos de la vida cotidiana”, o sea para los actos que día por día realiza el hombre con el objeto de conservar la vida”⁹⁵.

Las definiciones ofrecidas en los párrafos anteriores contrastan con la propia idea del Estado, por lo menos con la postura teórica inorgánica, cuyos defensores “consideran el Estado como la agrupación, no de familias, sino de individuos y según esto se niegan a ver en la familia una sociedad natural que existía antes del estado y que existe por encima de toda concesión del estado. Tanto el Estado como la familia son sociedades naturales y necesarias; pero

⁹² Cfr. MURDOCK, G., *Social Structure*, Macmillan, New York, 1960, p. 16.

⁹³ TREJO MARTÍNEZ, A., “Prevención de la Violencia Intrafamiliar”, 2ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 3. Citado en GALINDO GARFIAS, I., *Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia*, 14ª ed., Porrúa México, 1995, pp. 447 y 448.

⁹⁴ ROSSIGNOLI, J., *La Familia, el Trabajo y la Propiedad en el Estado Moderno. Curso de Sociología para las Escuelas* [trad. de Damián Isern], Gustavo Gili, Barcelona, 1911, p. 28.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 29.

esencialmente distintas, ya por el origen, ya por el fin, ya por la naturaleza del poder que a cada uno compete”⁹⁶.

Sin embargo, tomando en consideración que la familia, como forma de organización social, es evidentemente anterior al Estado “y podría subsistir, aunque en una condición social muy imperfecto, sin el Estado [y, además] porque [el objeto] de la familia es el cumplimiento ordinario de las tareas cotidianas, necesarias para la conservación de la vida del individuo y de la especie; y el objeto del Estado es la pacífica coexistencia y el mayor bienestar de la familia misma”⁹⁷, se define el Estado como “la unión perfecta (esto es, independiente y suprema en su origen) de muchas familias que aspiran a un bien común, que es la *aútapxeta*”, o sea lo suficiente para vivir bien”⁹⁸.

En este contexto, se concibe a la familia como “la primera y principal escuela de la vida. Desde que nace, el niño comienza un proceso de educación a través del contacto directo con sus padres. La madre, en especial, interviene más directamente en su primera educación; ella introduce al niño en la vida. Por esto, una madre es fundamentalmente una educadora. Pero la presencia del padre es también muy importante. La pareja proporciona el ambiente propicio para el desarrollo integral del niño”⁹⁹.

En una perspectiva multidisciplinaria, específicamente desde el ámbito de la psicología, aunado al “análisis de los fenómenos psicodinámicos que ocurren en los pequeños grupos, ha dado lugar al entendimiento y comprensión del núcleo original y primario en que se desenvuelve el hombre: la familia. La familia puede ser considerada como una célula social cuya membrana protege en el interior a sus individuos y los relaciona al exterior con otros organismo semejantes”¹⁰⁰.

En el mismo contexto psicológico, De la Fuente afirma que “La familia es el núcleo de la sociedad. Se le puede ver como un sistema de interrelaciones durables que opera como banda de transmisión de la cultura y cumple varias funciones que son necesarias a la sociedad: la reproducción y protección de sus

⁹⁶ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁹⁹ Consejo Nacional de Población, *Manual de la Familia*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1985, p. 19.

¹⁰⁰ ESTRADA INDA, L., *El Ciclo Vital de la Familia*, Grijalbo, México, 1997, p. 11.

miembros, además de promover la maduración emocional y social de los niños. Los padres llevan, impresos en su carácter y en sus actitudes, los valores, creencias y aspiraciones que circulan en el estrato social al que pertenecen o quisieran pertenecer y los transmiten a sus hijos. A menudo ocurre que la liga emocional familiar entre las generaciones no se interrumpe del todo”¹⁰¹.

El mismo autor enfatiza que “El sistema familiar es el sostén de la sociedad y de la cultura en tanto que no sólo refleja sino conserva los valores, las costumbres y las prohibiciones del grupo social. En el seno de la familia, el niño incorpora valores, metas y prejuicios por las ventajas que deriva de ello. La vida en la familia influye en el desarrollo de la personalidad de los hijos y en su potencial para una vida saludable o insana. No obstante que cuando a su estructura básica la familia es una institución estable, está sujeta en la época actual a un proceso de cambio”¹⁰².

Ahora bien, para los fines de este trabajo vamos a restringir el análisis del concepto de familia al sentido etimológico, doctrinario, sociológico y jurídico, en íntima relación con la evolución histórica de la familia y el matrimonio.

1.3.1. Concepto Etimológico.

En esta perspectiva, que atiende exclusivamente al origen lingüístico del término, la palabra familia, procede del grupo de los *famuli* (del osco *famel*), según unos; *femes* según otros.

Ahora bien, *famulos* (esclavo doméstico) son los que moran con el señor de la casa; *faamat* significa “habitat”, tal vez del sánscrito *vama*, “hogar”, “habitación”, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando, familia y *famulia* al conjunto de todos ellos¹⁰³.

Burguière destaca que “El sustantivo familia es de origen latino: apareció en Roma como derivado de *famulus* (servidor) pero no se aplicaba a lo que realmente entendemos por dicho término; ‘*familia*’ debió designar el conjunto de

¹⁰¹ DE LA FUENTE, R., *Psicología Médica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 154.

¹⁰² *Ibidem*, p. 155.

¹⁰³ DE IBARROLA, A., *Derecho de Familia*, 2ª ed., Porrúa, México, 1981, pp. 1-2. Asimismo, SÁNCHEZ MÁRQUEZ, A., *op. cit.*, p. 229.

los esclavos y servidores que vivían bajo un mismo techo, después, la casa en su totalidad; por una parte el señor, y, por otra, la mujer, los hijos y los criados que vivían bajo su dominación. Por extensión de su sentido, *familia* vino a designar a los *agnati* y *cognati*, y se convirtió en sinónimo de *gens*, al menos en la lengua corriente”¹⁰⁴.

A su vez, Margadant¹⁰⁵ destaca que en el antiguo latín, el término familia, significaba “patrimonio doméstico”; posteriormente se amplía a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los *famuli* –los esclavos de la *domus*–.

Los autores Pi y Margall, citados por De Ibarrola, al analizar el valor etimológico de la palabra familia, afirman que este vocablo es una traslación directa de la voz latina *familia*, que significa “gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella”¹⁰⁶.

Ahora bien, en atención a los antecedentes aludidos es dable mencionar que la palabra *familia* es de origen latino; este vocablo apareció en Roma como derivado de *famulus*, que significaba “servidor”, o los que moran con el señor de la casa, pero no se aplicaba a lo que nosotros entendemos habitualmente por este término.

En tal virtud, *Familia* debió designar al conjunto de esclavos y servidumbre viviendo bajo un mismo techo y, en consecuencia, a la casa entera: amo, por una parte, y mujer, niños y servidores viviendo bajo su dominación; por extensión la palabra, *familia* ha llegado a designar los *agnati* –parientes paternos– y los *cognati* –parientes maternos–, es decir, abarcó el conjunto de los parientes de sangre por ambas vías –paterna y materna– y en ocasiones a los hijos adoptivos.

Es por ello que el concepto de familia originalmente se aplicó a todos los que vivían bajo el mismo techo, de manera que no se corresponde al contenido que en nuestros días damos al término, ya que para nosotros con el mismo se alude a las personas unidas por lazos de parentesco.

Como podemos apreciar, en la familia antigua, por circunstancias culturales, económicas, religiosas y sociales, se le agregaban otros integrantes con los que no existía vínculo consanguíneo, círculo que se fue reduciendo con

¹⁰⁴ BURGUIÉRE, A. *et al.*, *Historia de la Familia*, T. I, Alianza Editorial, Barcelona, 1988, p. 17.

¹⁰⁵ MARGADANT S., G. F., *op. cit.*, p. 197.

¹⁰⁶ DE IBARROLA, A., *op. cit.*, p. 4.

la abolición de la esclavitud, el surgimiento del catolicismo, el derecho a la igualdad y la emancipación a partir de la mayoría de edad que le permitió al hombre desligarse de la *domus* para formar su propia familia.

1.3.2. Concepto Doctrinal.

Si bien los integrantes que están incorporados al concepto de familia, han variado en las distintas etapas históricas, existe un núcleo al que siempre se ha considerado como tal y que está constituido por el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco próximo.

De ahí, entonces, que es usual para los autores definir a la familia tomando en consideración todas las personas que viven en un mismo hogar – sin importar el tipo de parentesco–, o bien, lo hagan en función de las clases de parentesco reconocidas en cada época, es decir, en sentido amplio, restringido, o nuclear, como se describe a continuación.

1.3.2.1. Familia en Sentido Extenso o Amplio.

Jiménez¹⁰⁷ define a la familia romana como la reunión de personas bajo la autoridad o la “*manus*” de un jefe único que era el *paterfamilias*.

A su vez, Ventura Silva¹⁰⁸ refiere que Ulpiano, en el Digesto, señala diversos sentidos a la palabra “familia”, puesto que en ocasiones se le da un sentido relativo a las cosas (*in re*) y en otro a las personas (*in personam*) y agrega que para ese jurista, familia es el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un jefe de familia único *paterfamilias*.

Por su parte, Rojina Villegas¹⁰⁹ expresa que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y especialmente, en las relaciones que origina la filiación, ya sea legítima o natural.

En este contexto amplio, Yungano¹¹⁰ define a la familia como una asociación de personas integradas por dos individuos de distinto sexo y sus

¹⁰⁷ AA.VV., *Diccionario de Derecho Romano*, 3ª ed., Sista, México, 1991, p.146.

¹⁰⁸ VENTURA Silva, S., *Derecho Romano*, 21ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 109.

¹⁰⁹ ROJINA VILLEGAS, R., *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁰ YUNGANO, A. R., *Derecho de Familia. Teoría y Práctica*, Macchi Editor, México, 2001, p. 3.

hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco y que constituye el grupo humano fisiogenético y primario por excelencia.

Otro sector doctrinal señala que la familia debe tener como característica la convivencia en el mismo hogar. En ese tenor, Ramírez Hernández¹¹¹ define a la familia como un grupo de personas que están relacionadas por un parentesco sanguíneo, legal, religioso, sexual o cultural y que tienen un lugar común donde viven e interactúan.

Una definición en sentido muy amplio es la que proporciona Carrillo¹¹², para quien la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere; agregando que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación extramatrimonial.

Enneccerus define a la familia como el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco; más adelante, abunda manifestando que no se constituye relación familiar alguna por la mera *comunidad doméstica*¹¹³. Así, un sujeto puede ser miembro de la familia sin convivir en la casa, de igual modo el que comparte permanentemente el techo con otros puede ser y continuar siendo siempre un sujeto extraño a la familia.

Por su parte, Osorio y Nieto proporciona un concepto de familia señalando que es un grupo de personas ligadas por parentesco y/o matrimonio, regido por normas morales, sociales, jurídicas y generalmente religiosas¹¹⁴.

Sánchez Azcona, a su vez, destaca que la familia es un grupo en el cual se comprende sólo al marido, la esposa y los hijos menores y solteros, excepcionalmente a los casados¹¹⁵. Planiol, por su parte, define a la familia como

¹¹¹ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, F. A., *Violencia Masculina en el Hogar: Alternativas y Soluciones*, Pax, México, 2004, p. 2.

¹¹² CARRILLO, J. I., y CARRILLO, M., *La Violencia Familiar y su Actuación ante el Ministerio Público*, Editor Carrillo Hnos., México, 2005, pp. 9-10, y 15.

¹¹³ ENNECCERUS, L. *et al.*, *Tratado de Derecho Civil* [trad. Blas Pérez González y José Alguer], Volumen IV, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pp. 2 y 6.

¹¹⁴ OSORIO Y NIETO, C., *op. cit.*, p. 222.

¹¹⁵ SÁNCHEZ AZCONA, J., *Familia y Sociedad*, 2ª. ed., Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1976, p. 21.

“el conjunto de las personas que se hayan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción” ¹¹⁶.

Para Floris Margadant¹¹⁷, actualmente la palabra “familia” significa grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco; concepto con el que coincide Pacheco¹¹⁸, para quien familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco.

También hay quien introduce en la definición el hecho biológico de la procreación, como acontece con Trejo Martínez¹¹⁹, para quien la familia es un núcleo de personas, que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación que cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar.

Finalmente, el *Diccionario Jurídico Mexicano* concibe a la familia como “el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramarital”¹²⁰.

De las definiciones o conceptos de familia en sentido extenso o amplio, se advierte que la institución abarca al conjunto de personas –denominadas parientes–, que proceden de un progenitor o tronco común cualquiera que sea su grado, los afines y en algunos casos la adopción, donde se establecen vínculos entre sus componentes de diverso orden e identidad –sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca–, a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial.

A continuación se explora la concepción de familia en *strictu sensu*.

1.3.2.2. Concepto de Familia en Sentido Restringido o Nuclear.

Desde una perspectiva nuclear –o restringida– Puig Brutau afirma que la familia es una comunidad formada por los padres y los hijos en un mismo

¹¹⁶ PLANIOL, Marcel, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo II, 3ª ed., Harla, México, 1997, p. 7.

¹¹⁷ MARGADANT S., G. F., *El Derecho Privado Romano*, op. cit., p.197.

¹¹⁸ PACHECO, A., op. cit., pp. 15 y 16.

¹¹⁹ TREJO MARTÍNEZ, A., op. cit., p. 3.

¹²⁰ AA.VV., *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, 13ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, México, 1999.

hogar¹²¹; en el mismo tenor, Pérez Duarte destaca que “la familia nuclear, es el grupo formado por la pareja de adultos y los hijos” ¹²².

Para Rico Álvarez, la familia en sentido restringido o nuclear se integra por el padre, la madre y los hijos, que viven en una misma casa habitación¹²³.

Otros, como D’Antonio, opinan que sólo existe familia en sentido estricto a la que identifica como, familia institucional, fundada en el matrimonio, ámbito exclusivo que permite alcanzar las finalidades esenciales del grupo, mediante el funcionamiento de sus respectivos elementos¹²⁴.

Los profesores Planiol y Ripert estiman que la familia, en sentido limitado, se integra con los miembros que viven bajo el mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa¹²⁵.

En suma, como se puede apreciar de las definiciones aportadas *ut supra*, la familia, en sentido restringido o nuclear, se compone exclusivamente por los progenitores y los hijos viviendo en una misma casa, donde existe una relación jurídica, entre los cónyuges, sus hijos y respecto al matrimonio.

Ahora bien, Pacheco ¹²⁶ proporciona cuatro clasificaciones que, de manera semejante a las concepciones antes señaladas, se fundamentan en los tipos de personas que integran la familia y que son las siguientes.

En primer término, pertenecen a una familia los que están sometidos al mismo paterfamilias; esta concepción es de origen romano, donde la potestad del *pater* era vasta y se desplegaba sobre los hijos, nietos, esposa, nueras, clientes y esclavos, incluyendo los parientes consanguíneos y personas con las que no existía vínculo de sangre, pero que estaban sometidos a su poder y vivían en su *domus*.

En segundo término, también integran el núcleo familiar las personas que viven bajo el mismo techo; en este sentido, también se llegaron a considerar parte de la familia a todos los que vivieran físicamente en la misma casa, sin tomar en cuenta el parentesco; en consecuencia, si los hijos contraen matrimonio

¹²¹ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen IV, Bosch, Barcelona, 2006, p. 1.

¹²² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, p. 12.

¹²³ RICO ÁLVAREZ, F., *op. cit.*, p. 120.

¹²⁴ D’ANTONIO, H., *Derecho de Menores*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 176.

¹²⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil* [trad. José Ma. Cajica Jr.], Cárdenas, México, 1981, p. 282.

¹²⁶ PACHECO, A., *La Familia...*, *op. cit.*, pp. 16-18.

y no salen de la casa paterna, quedan los cónyuges en alguna forma sujetos a la autoridad del dueño de la casa y por tanto, formando todos ellos una familia.

Los vínculos afectivos tienen relevancia en el contexto de la tercera clasificación que proporciona Pacheco, pues ciertos autores, al decir de este jurista, “consideran familia a todos aquellos que se encuentran unidos por un vínculo afectivo recíproco, pero este afecto familiar es de un tipo especial y distinto del que se puede tener con amigos y conocidos y así todos aquellos que estén reunidos por ese afecto peculiar y se consideren de la misma familia, forman parte de ella y nada más son ellos los que forman la familia”¹²⁷.

Finalmente, la cuarta clasificación propone que se consideren como parte de la familia a todos los descendientes de un tronco común, “aunque no estén sometidas a la potestad del padre ni vivan bajo el mismo techo [...] o sea que, la familia debe basarse sobre el parentesco consanguíneo”¹²⁸.

Así, vemos que el término familia tiene diversas acepciones y que su significado dependerá siempre del enfoque que se le dé a su estudio, ya sea desde el punto de vista de su origen, de las costumbres, de su evolución histórico-social, o de sus efectos.

No obstante, consideramos que es posible sostener que a través del tiempo la familia ha experimentado un efecto de contracción; es decir, que de una concepción amplia en la que se incluyen todas las personas que están sujetas al poder del cabeza de grupo, se ha pasado modernamente a considerar como tal únicamente a los padres y sus hijos¹²⁹.

1.3.2.3. La Familia como Institución Natural.

Cierto sector doctrinal sostiene que la familia es una sociedad natural, que no fue creada por el hombre ni por el Estado, sino que surgió por cuestiones naturales de supervivencia, ello por virtud de que está comprobado históricamente que la familia fue el antecedente inmediato de la autoridad política de la ciudad y ésta, a su vez, es el predecesor del Estado moderno.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Á. M. *et al.*, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 16.

Sólo la familia y el Estado –en cuanto autoridad política–, son requeridos por la naturaleza humana para la pacífica convivencia en sociedad y, en consecuencia, resultan indispensables.

No obstante, la familia tiene prioridad sobre el Estado, por ser superiores los valores que persigue aquélla; mientras el Estado busca el bien común material, en sus aspectos sociales y políticos, la familia pretende la felicidad integral de sus miembros, desde la intimidad personal con el objeto de prepararlos para la integración a la vida política y social, considerándola como célula de la sociedad en un triple aspecto: biológico, moral y cultural; por ende, el Estado tiene la obligación de respetar, de cuidar y de fomentar el desarrollo de la familia¹³⁰.

1.3.2.4. Concepto Jurídico de Familia.

La concepción jurídica del término familia deriva de las relaciones del matrimonio, la procreación y las clases de parentesco reconocidas por la ley, los cuales crean derechos y obligaciones entre sus miembros.

De esta forma, “el concepto jurídico de familia se establece alrededor del parentesco y comprende vínculos de sangre, de matrimonio o puramente civiles. Así, por la unión de los sexos, ya sea por virtud del matrimonio o concubinato, se inicia la familia jurídica a la que se agregan los hijos nacidos dentro del matrimonio o reconocidos si su nacimiento fue extramatrimonial”¹³¹.

En razón de lo anterior, los ascendientes de cada uno de los miembros de la pareja forman parte de la familia en cuanto el derecho les reconoce derechos y obligaciones, por motivos de la filiación; los descendientes sólo son parte de la relación familiar si son procreados por padres casados, o son reconocidos por éstos; también son miembros de la familia los hermanos y sus descendientes, pero sus efectos son limitados en cuanto a derechos y obligaciones y sólo se extienden hasta el cuarto grado¹³².

¹³⁰ PACHECO, A., *op. cit.*, pp. 19-21.

¹³¹ BAQUEIRO ROJAS, E., *Derecho Civil*, Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen 1, Harla, México, 1994, p. 47.

¹³² *Idem.*

La familia en términos jurídicos se concibe como “el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”¹³³.

En este contexto, Osorio y Nieto afirma que “jurídicamente se conceptúa a la familia como un conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hayan unidas por lazos de parentesco”¹³⁴.

A su vez, Chávez Ascencio define a la familia en sentido jurídico, expresando que es una institución natural, de contenido ético, que como núcleo primario constituye una comunidad humana de vida, vinculada por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, cuyas relaciones interpersonales y jurídicas constituyen un conjunto de deberes y obligaciones con respeto a la dignidad de la persona y a su integridad física y psíquica, cuyos miembros conviven en un domicilio común, tienen un patrimonio y fines propios¹³⁵.

Para Cicu¹³⁶, la familia se compone exclusivamente de personas unidas por un vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad, teniendo ese vínculo graduaciones según el alcance del mismo.

Otros autores señalan que la familia, desde el punto de vista jurídico, “es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción”¹³⁷.

De las definiciones que anteceden, se puede concluir que la familia, en sentido jurídico, comprende en su integración a los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, es decir, los padres, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos.

Cabe señalar lo que al respecto menciona Llopis, quien observa “La familia puede ser definida, desde un punto de vista estrictamente jurídico, en un doble sentido: a) Familia en sentido amplio: entendida como el conjunto de personas unidas por matrimonio o por lazos de parentesco, ya sea por afinidad

¹³³ *Ibidem*, p. 9.

¹³⁴ OSORIO Y NIETO, C., *op. cit.*, 247.

¹³⁵ CHÁVEZ ASCENCIO, F. M., *op. cit.*, pp. 245-246.

¹³⁶ CICU, A., *El Derecho de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 27

¹³⁷ AA.VV., *300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia. Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial*, Sista, México, p. 32.

o por adopción. En consecuencia, se comprenderían tres tipos de relaciones: la relación conyugal –entre cónyuges–; la paternofilial –entre padres e hijos–; y, la parental –entre parientes–. b) Familia en sentido estricto, también denominada familia nuclear, sería aquella integrada por los cónyuges o, en su caso, por padres e hijos excluyendo a demás parientes. Según este concepto, se incluiría tan solo la relación conyugal y, en su caso, la paternofilial” ¹³⁸.

El mismo autor destaca que “La familia siempre tiene su origen en el matrimonio, en cuanto que la familia matrimonial es considerada como la célula básica en la sociedad”¹³⁹.

Finalmente, Ramos puntualiza que “En sentido jurídico, ha sido definida la familia como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico” ¹⁴⁰.

1.3.2.5. Concepto Sociológico de Familia.

Es conveniente referir que la sociología es la ciencia que tiene como objeto el estudio de la sociedad, las instituciones, estructuras y el funcionamiento de los grupos diversos, entre ellos obviamente “la institución de la familia”, pero desde el punto de vista de la conformación de su estructura, sus relaciones y desarrollo evolutivo, en consecuencia, los conceptos sociológicos abarcan esos elementos.

Bajo esta perspectiva, Baqueiro Rojas define a la familia sociológica, como la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda¹⁴¹.

Existen conceptos más generales, como el que define a la familia sociológica como “una institución social básica. Que se compone de uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente

¹³⁸ LLOPIS GINER, J. M. *et al.*, *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Práctica de Derecho, Valencia, 2003, p. 33.

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 9

¹⁴¹ BAQUEIRO ROJAS, *op. cit.*, p. 8.

sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones reconocidos, juntamente con su prole¹⁴².

Díaz de León¹⁴³, nos dice que desde el punto de vista sociológico, la familia corresponde a la unión de varias personas ligadas entre sí por vínculos sanguíneos, de parentesco y de ayuda mutua, que conviven de manera perenne buscando soportar las cargas de la existencia, así como de ayudar al beneficio individual y común de sus integrantes.

El profesor de sociología argentino Alfredo Poviña¹⁴⁴, señala que la familia es un grupo social primario, que reúne a individuos que cumplen funciones diferentes, que tienen jerarquía distinta y se hallan unidos entre sí por vínculos de parentesco, de consanguinidad y de afinidad.

Continúa manifestando el autor que esa definición nos permite “distinguir los principales caracteres sociológicos de la familia”, los cuales enumera en los siguientes términos: “1. Es ‘la única forma de asociación integral’, el individuo en la familia [...] tiene la facultad de desarrollar todas sus facultades. 2. En ella se realiza la conciliación de la independencia del individuo con la unión estrecha que significa el vínculo familiar [...] 3. Realiza la conciliación de lo inconsciente y emocional con lo consciente y reflexivo [...] el hombre en la familia, da rienda suelta a todas sus facultades intelectuales y sentimentales [...] 4. La familia socializa al individuo [...] es [...] una especie de preparación [...] del hombre para vivir socialmente en contacto con sus semejantes [...] 5. Ella es el grupo social más enérgico, que permite la continuidad de la vida social [...] allí es donde el hijo aprende a imitar al padre, y donde el hombre adulto sabe respetar al anciano [...]”¹⁴⁵.

Luis Recaséns Siches¹⁴⁶, citando a Maclver, dice que: “la familia es un grupo, definido por una relación sexual suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos, puede incluir o no incluir parientes colaterales, descendencia de segundo y ulterior grado, o miembros adoptados,

¹⁴² OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, pp. 246. En los mismos términos, Henry Pratt Fairchild, citado por SOLÍS QUIROGA, Héctor, *Sociología Criminal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1977p. 183.

¹⁴³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal para el Distrito Federal Comentado*, 23ª. ed., Porrúa, México, 1998, p. 969.

¹⁴⁴ POVIÑA, Alfredo, *Tratado de Sociología*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 389.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 389-390.

¹⁴⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, 18ª ed., Porrúa, México, p. 470.

pero esencialmente la familia está constituída por la vida conjunta de los esposos con su prole, formando una unidad colectiva definida”.

Según el propio Recanses¹⁴⁷, “la familia tiene en todas, o por lo menos en la mayor parte de sus formas, las siguientes características: 1) una relación sexual continuada. 2) una forma de matrimonio o institución equivalente, de acuerdo con la cual se establece y se mantiene la relación sexual. 3) deberes y derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos. 4) un sistema de nomenclatura que comprende modo de identificar a la prole. 5) disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos. 6) Generalmente un hogar aunque no es indispensablemente necesario que éste sea exclusivo”.

Se considera a la familia la institución social más universal y permanente, el más importante de todos los grupos primarios; cuando ya está constituida es una *comunidad*, sobre todo para los hijos, en cambio la pareja conyugal que va a formar el núcleo base de la familia, es una *asociación* en la cual los dos cónyuges entran voluntaria y libremente por virtud de su consentimiento al celebrar el contrato matrimonial y toda vez que esa relación implica la perspectiva del nacimiento y de la crianza de los hijos y que por ende, afecta a la vida social en su conjunto, las instituciones sociales, el Estado y la religión, han emitido normas muy estrictas sobre el matrimonio, para hacer de éste una institución estable, con funciones definidas, con derechos y obligaciones para los esposos, así como para los hijos¹⁴⁸.

En síntesis, podemos decir que la familia es una institución social básica y fundamental que cumple funciones insustituibles, que van desde la procreación y la socialización primaria de los hijos hasta las funciones económicas como unidad básica de consumo –el hogar–; esta institución se presenta a través de diferentes manifestaciones y varían según su ámbito¹⁴⁹, según las formas de relación conyugal¹⁵⁰, o bien, los criterios de filiación y de autoridad¹⁵¹.

No obstante, a pesar de tal variedad de manifestaciones, puede observarse que existen cuatro elementos comunes e imprescindibles en la

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 471-472.

¹⁴⁹ Familias extensas o nucleares.

¹⁵⁰ Grupal, poligámicas o mogámicas.

¹⁵¹ Matriarcal o patriarcal.

familia: a) la existencia de una relación conyugal regulada según patrones, normas o costumbres; b) un sistema de filiación de acuerdo al cual los hijos son considerados parte de la familia; c) un hogar o habitación común; y, d) un patrimonio o conjunto de bienes y recursos comunes.

1.4. Fuentes de la Familia.

De los diversos conceptos de familia mencionados se deduce que las fuentes de la “familia” son, en la actualidad, el matrimonio, el concubinato, la filiación, las sociedades de convivencia y la adopción, mismas que crean el parentesco, ya sea natural o consanguíneo –filiación–, por afinidad o civil.

En los siguientes párrafos se examinarán las características esenciales de dichas fuentes.

1.4.1. El Matrimonio.

Durante la etapa de la prehistoria y hasta inicios de la edad media, la familia era la que daba origen al matrimonio, es decir, primero se formaba la familia y después de su permanencia se le otorgaba el *status* de matrimonio, sin que interviniera ninguna autoridad en su celebración.

Hasta el establecimiento del matrimonio monogámico empezaron a realizarse ceremonias donde el padre, en un acto especial, entregaba a su hija al que sería su esposo y a cambio, recibía algunos obsequios. Esta tradición cambiaba dependiendo de cada ámbito geográfico y, por supuesto, de la época específica.

Posteriormente, con el surgimiento y desarrollo del cristianismo la Iglesia Católica se arrogó la jurisdicción sobre los requisitos e impedimentos para contraer matrimonio, de tal forma que el Código Canónico define al matrimonio como: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenando por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”¹⁵², declarando su indisolubilidad producida por el consentimiento de las

¹⁵² Canon 1055.

partes; sin embargo, hasta la Edad Media no existía normatividad que precisara los requisitos formales para su celebración.

Posteriormente, la Iglesia determinó que ese acto se efectuara a las puertas del templo, donde el párroco les daba su bendición y los contrayentes verbalmente expresaban su consentimiento de unirse en matrimonio; siendo hasta el Concilio de Trento de 1563, en que se requirió que la celebración se hiciera ante un sacerdote local y con la presencia de dos testigos¹⁵³.

Durante el periodo virreinal, en la Nueva España y en los primeros años del México Independiente, prevaleció el matrimonio religioso considerado como un sacramento. Si bien con el triunfo de la Revolución Francesa se declaró al matrimonio como un acto civil, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando en México, el Presidente Benito Juárez decreta la secularización del matrimonio, al emitir la Ley del Matrimonio Civil y la Ley Orgánica del Registro Civil de julio de 1859, donde se desconoce el carácter religioso del matrimonio y se le establece como un contrato civil solemne, que se debía celebrar ante una autoridad de gobierno. Dicho contrato une a un solo hombre con una sola mujer y se declara indisoluble dicho vínculo; lo que se reiteró en la Constitución de 1917, en cuyo texto se consideró al matrimonio como un contrato civil¹⁵⁴.

El vocablo matrimonio proviene de la raíz latina *matrimonium*, derivado de *mater* que significa “madre”.

De las diversas definiciones del matrimonio que han surgido a la fecha las más antiguas se encuentran en el Digesto y las Institutas de Justiniano, las cuales fueron emitidas por los jurisconsultos romanos, entre ellos Modestino, quien afirmó: “el matrimonio es la unión del hombre y la mujer para toda la vida, con derechos divinos y humanos comunes”; asimismo, Justiniano expresó que “nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que lleva en sí, un régimen inseparable de vida”¹⁵⁵.

Por su parte, la doctrina jurídica moderna y contemporánea incluye en sus definiciones elementos jurídicos que configuran la unión matrimonial como un contrato.

¹⁵³ AYALA SALAZAR, José Melchor, *El Matrimonio y sus Costumbres*, Trillas, México, 2000, pp. 73-74.

¹⁵⁴ En el artículo 130, párrafo tercero. *Ibidem*, pp. 94-101.

¹⁵⁵ VENTURA SILVA, Sabino, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

En sus inicios, algunos autores definían al matrimonio como un acto solemne, un contrato civil o un acto jurídico, entre ellos José Puig Brutau¹⁵⁶, manifiesta que “el matrimonio es el acto solemne, fundado en el consentimiento de los contrayentes y ajustado a la forma prescrita de la ley, por el que un hombre y una mujer se unen, con igualdad de derechos y deberes, para vivir juntos, guardarse fidelidad, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”; un concepto más sintetizado es expuesto por Wolff, al decir que “el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas”¹⁵⁷.

Para Planiol, el matrimonio es “un acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad”¹⁵⁸.

Existe consenso en la dogmática actual al definir al matrimonio como una “institución”, tal y como lo afirma Bonnecase¹⁵⁹, al señalar que “el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del nombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho”; en los mismos términos lo hace Pérez Duarte¹⁶⁰, para quien es “una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir”.

Otros como Fernández Clérigo¹⁶¹, conciben al matrimonio “como unión perpetua de un solo varón y una sola mujer, para la procreación y perfección de la especie; el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana”, y agrega que de ese concepto se desprende tres elementos: diversidad de sexos; unión exclusiva de un solo varón y una sola mujer –principio monogámico– y perpetuidad, por virtud de que el propósito

¹⁵⁶ PUIG BRUTAU, José, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁷ Citado en *ibidem*, p.10.

¹⁵⁸ PLANIOL, Marcel, *Tratado Práctico...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁹ BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997, p. 248.

¹⁶⁰ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis *et al.*, *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1947, pp. 7-8.

del matrimonio es para toda la vida, independientemente de que puede ser disuelto por las causales previstas por la ley.

En el contexto jurídico mexicano, la controversia suscitada entre los doctrinarios nacionales respecto a denominar al matrimonio como un contrato civil, concluyó tiempo después de la reforma al artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 28 de febrero de 1992, mediante la cual se eliminó el término de contrato civil, que se venía dando al matrimonio.

Actualmente, y de manera unánime, se concibe al matrimonio como una institución social y jurídica creadora de derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges y que éstos fundamentalmente son: el deber de cohabitación, el deber de ayuda mutua, el débito carnal y el deber de fidelidad.

La legislación en general, además, concede al marido y a la mujer igual autoridad en el hogar y libertad para decidir sobre el número de hijos que deseen procrear.

En México, el primer Código Civil se expidió en mayo de 1928, denominándose *Código Civil del Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal*, sirviendo como modelo a todas las entidades federativas que integran la República Mexicana¹⁶², sin embargo, no contenía una definición específica del matrimonio, sino únicamente hacía mención ante qué autoridades debía celebrarse. Actualmente, la mayoría de los códigos civiles locales contienen la definición de matrimonio.

Como ejemplo de códigos de las entidades federativas que contienen una definición del concepto de matrimonio se puede mencionar a los de Jalisco¹⁶³, Puebla¹⁶⁴ o Yucatán¹⁶⁵, cuya revisión permite extraer como notas

¹⁶² Como se verá *infra*, en el capítulo IV de esta tesis, en México existe un código civil federal, cuyo ámbito competencial difiere de los 32 códigos civiles que actualmente rigen para cada una de las respectivas entidades federativas que integran al Estado Mexicano.

¹⁶³ “[...] institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”, según su artículo 258.

¹⁶⁴ “[...] contrato civil, por el cual un sólo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia”, como se prescribe en el numeral 294.

¹⁶⁵ “[...] unión voluntaria entre un solo hombre y una sola mujer, basada en el amor y sancionada por el estado, para fundar una familia, perpetuar la especie y darse recíprocamente compañía, ayuda y asistencia”.

comunes indiscutibles su carácter monogámico y heterosexual; en tanto que sus fines, formalidades, o consecuencias jurídicas entre los contrayentes y frente a terceros, son aspectos variables.

De revisarse cada uno de los ordenamientos locales, el resultado sería muy probablemente distinto, pues no existe un modelo constitucional del matrimonio¹⁶⁶, como tampoco el reconocimiento del *ius connubii*, es decir, el derecho de las personas a contraer nupcias¹⁶⁷; luego, es el legislador secundario quien determina estas cuestiones y si bien en sede constitucional se considera a la familia como el fundamento de la sociedad, ordenando a la ley el tutelar su organización y desarrollo¹⁶⁸, en forma alguna se establece al matrimonio como sustento para aquella o la distinción cualitativa entre este último y las uniones de hecho o las convivencias.

Actualmente, la institución del matrimonio en el Estado de Michoacán se regula en el Título Tercero del Código Familiar¹⁶⁹, como la unión legítima de un hombre y una mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente; asimismo, se estipula que constituye el medio idóneo para fundar la familia¹⁷⁰.

Pero pueden presentarse diversos problemas atendiendo al sentido literal de este último precepto, porque la perpetuación de la especie se circunscribe al parentesco consanguíneo real y no ficticio, pues en este último caso la cadena de consanguinidad ha sido rota; mientras que al establecer la diferencia entre “perpetuar la especie” y “perpetuar la estirpe” la anterior objeción queda superada.

En cuanto al segundo objetivo, la ayuda mutua entre los cónyuges, en sí mismo es un concepto vago, pues no se precisa qué se debe entender por ayuda: la asistencia material, moral, económica o piadosa. Al respecto, el Capítulo III del Código Civil Federal establecía las pautas sobre los derechos

¹⁶⁶ Como ocurre en la Constitución española, cuyo numeral 32.1 establece el derecho al matrimonio del hombre y la mujer, en plano de igualdad (con lo que se elimina la antigua sumisión de la mujer a su marido).

¹⁶⁷ Vid. artículos 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶⁸ Vid. la ley suprema mexicana en su artículo 4º, primer párrafo.

¹⁶⁹ Artículo 123 de dicho ordenamiento. Cabe mencionar que las disposiciones normativas relativas al Derecho Familiar se separaron del Código Civil con la creación del Código Familiar del Estado, publicado en el *Periódico Oficial* el 11 de febrero de 2008, en tomo CXLIII, Núm. 34.

¹⁷⁰ Artículo 124 del Código de Derecho Familiar michoacano.

y obligaciones del matrimonio, lo que permite una mejor comprensión del concepto de “ayuda mutua”¹⁷¹.

¹⁷¹ Este Capítulo ha sido reformado en varias ocasiones; sin embargo, para efectos de la presente investigación, es importante aún muy superficialmente mencionar los derechos y obligaciones que en el Código Civil Federal de 1884 se establecía “Artículo 192. El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes [...] Artículo 195. La mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales. Aunque no haya este pacto, podrán los tribunales, con conocimiento de causa, eximir a la mujer de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a país extranjero [...] Artículo 196. El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero si fuere menor de edad se sujetará a las restricciones establecidas en las fracciones 2 y 31 del art. 593 [...] Artículo 197. El marido es el representante legítimo de su mujer. Ésta no puede, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquiera instancia al contraerse éste; más la autorización, una vez dada, sirve para todas las instancias, a menos que sea especial para una sola, lo que no se presume si no se expresa [...] Artículo 198. Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse, sino en los casos especificados en la ley [...] Artículo 199. La licencia, tanto para litigar como para contraer obligaciones, puede ser general o especial [...] Artículo 200. Si el marido estuviere ausente del domicilio conyugal, o si estando presente rehusare sin causa justificada autorizar a la mujer para litigar o contraer, la autoridad judicial podrá conceder esta autorización”. En la actualidad, los deberes y obligaciones del matrimonio se encuentran delimitados por los siguientes artículos “Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente [...] Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges [...] Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales [...] Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso [...] Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos [...] Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar [...] Artículo 165. Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos [...] Artículo 168. El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente [...] Artículo 169. Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición [...] Artículo 172. El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes [...] Artículo 173. El marido y la mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales [...] Artículo 176. El contrato de compra-venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes [...] Artículo 177. El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro; pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio”. Por su parte, el Código de Derecho Familiar de Michoacán establece disposiciones similares que enfatizan la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

Entonces, acorde a las legislaciones en cita, contraer matrimonio se entiende como la acción de celebrar la unión de un hombre y una mujer, legalizada con las ceremonias y formalidades legales establecidas para constituir una familia¹⁷².

Es un acto jurídico complejo, estatal, cuyo objeto es la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer. Dicho estado debe entenderse que constituye una situación general y permanente para los contrayentes que origina derechos, deberes y obligaciones¹⁷³.

Como institución, es una organización social regulada por un conjunto de normas imperativas con una finalidad de interés público¹⁷⁴.

1.4.1.1. El Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y las Sociedades de Convivencia.

A partir de las experiencias de otros países, la configuración del matrimonio se ha modificado paulatinamente, al grado de introducir en el concepto legal de dicha institución el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo.

El inicial fenómeno de las denominadas “uniones civiles”¹⁷⁵, que permitían el establecimiento de relaciones jurídicas entre personas del mismo sexo con una serie de derechos semejantes al concubinato –sin equipararlas por completo al mismo–, ha tenido un incremento sustancial en numerosos ordenamientos jurídicos que han terminado por legislar dichas uniones e inclusive, darles el estatus de matrimonio, con todos y cada uno de los derechos y obligaciones que de dicha institución se derivan.

Particularmente complejo ha sido la incorporación de estas nuevas modalidades del matrimonio en México¹⁷⁶, mientras que en España, el

¹⁷² ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *et al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, Porrúa, México, 2004, p. 244.

¹⁷³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2009, p. 49.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ BLAIR, D. Marianne *et al.*, *Family Law in the World Community. Cases, Materials and Problems in Comparative and International Family Law*, 2nd. ed., Carolina Academic Press, Durham, 2009, pp. 211-238.

¹⁷⁶ LOZANO, Genaro, “The Battle for Marriage Equality in México, 2001-2011”, en PIERCESON, J. *et al.* (eds.), *Same-Sex Marriage in Latin America. Promise and Resistance*, Lexington Books, Plymouth, 2013, pp. 151-166.

reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo fue más expedito.

El concepto tradicional de matrimonio se mantiene en los ordenamientos de las diversas entidades federativas, en términos generales, a pesar de los cambios legislativos adoptados a últimas fechas en el Distrito Federal, cambios que iniciaron con la llamada Ley de Sociedad de Convivencia¹⁷⁷, donde se establece: “La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con la voluntad de permanencia y de ayuda mutua”¹⁷⁸.

De esta redacción se advierten diferencias fundamentales con el matrimonio: los convivientes pueden ser del mismo sexo, su finalidad es la comunidad de vida y prestarse ayuda mutua, mas no se constituye en medio para formar una familia.

Lo anterior se obtiene al examinar si tal unión puede crear o no lazos de parentesco. Si se revisa esta ley en su conjunto, es posible advertir que si bien su tercer capítulo se refiere a los derechos de los convivientes, a ellos se limita toda la regulación y no existe vínculo alguno con terceros. Así, por ejemplo, el artículo 14 establece derechos sucesorios, pero limitados a los convivientes y remitiendo para ello a lo dispuesto para el concubinato. Queda claro, entonces, que la única relación objeto de la ley es la de los convivientes en cuanto pareja, pero nada más; es decir, como su nombre lo indica, se trata de una sociedad y por lo tanto, los efectos de ella se proyectan exclusivamente en la esfera de sus integrantes¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Ley que se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre de 2006.

¹⁷⁸ Artículo 2º. Esta unión parece inspirada en el concepto de amistad propuesto por Aristóteles, como la que se da entre personas que tienen el mismo grado de madurez y por ello les permite discernir y procurar el verdadero bien personal. Afirmando que la amistad perfecta solo se da entre hombres de bien, que quieren para cada uno de ellos lo mejor. Quienes no tienen esa madurez sólo pueden aspirar a ser amigos por provecho o por placer. Cfr. *Ética Nicomaquea*, [trad. Antonio Gómez Robledo], 19ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 106 y ss.

¹⁷⁹ En el Capítulo III, denominado “De los Derechos de los Convivientes”, se mencionan tales facultades sin que se haga referencia a las obligaciones entre ellos, como se hace en el matrimonio; además, gran parte de estos derechos se derivan de la remisión al Código Civil del Distrito Federal, por ejemplo “Artículo 13. En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos [...] Artículo 14. Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos [...] Artículo 15. Cuando uno de las o los convivientes sea declarado en estado de interdicción, en términos de lo previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, la o el otro conviviente será llamado a desempeñar

No obstante, posteriormente el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, fue reformado para establecer un nuevo concepto de matrimonio: “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”¹⁸⁰.

Esto es, legítima la unión en matrimonio no sólo del hombre y la mujer, sino aquella entre personas del mismo sexo, acto legislativo controversial¹⁸¹ que incluso fue considerada inconstitucional por el Procurador General de la República, al sostener en esencia que contravenía el concepto tradicional de familia que contempla la Constitución mexicana¹⁸².

Al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010¹⁸³ la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno, determinó reconocer la validez de la reforma¹⁸⁴.

En ese sentido, se estimó que es competencia del legislador ordinario, consagrada en la propia Constitución Federal mexicana, regular lo relativo a la materia civil, dentro de la cual se comprende la institución del matrimonio, sin que la norma fundamental defina ni limite la función legislativa en ese sentido.

la tutela, siempre que hayan vivido juntas o juntos por un período inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya constituido, aplicándose al efecto las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges o sin que mediere este tiempo, cuando no exista quien pueda desempeñar legalmente dicha tutela [...] Artículo 16. En los supuestos de los artículos 13, 14, 15, 18, 21 y 23 de esta ley se aplicarán, en lo relativo, las reglas previstas en el Código Civil para el Distrito Federal [...] Artículo 17. Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de terceros. El tercero que sea acreedor alimentario tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la Sociedad de Convivencia en todo lo que no contravenga ese derecho [...] Serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente y los contrarios a la Constitución y a las leyes [...] Todo conviviente que actúe de buena fe, deberá ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen [...] Artículo 18. Las relaciones patrimoniales que surjan entre las o los convivientes, se regirán en los términos que para el acto señalen las leyes correspondientes [...] Artículo 19. En caso de que alguno de las o los convivientes de la Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá cubrir los daños y perjuicios que ocasione”.

¹⁸⁰ Mediante decreto de fecha 29 de Diciembre de 2009, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.

¹⁸¹ Para mayor abundamiento, *vid.* DE LA MATA PIZANA, Felipe, *Sociedades de Convivencia*, Universidad Panamericana/Porrúa, México, 2007.

¹⁸² *Cfr.* artículo 4º, primer párrafo, constitucional, cuyo texto determina: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

¹⁸³ De fecha 5 de octubre de 2010.

¹⁸⁴ La decisión fue adoptada por mayoría de nueve votos.

Se sostuvo, además, que el concepto de matrimonio ha evolucionado y superado su concepción tradicional, y que en la actualidad, se reconoce que en él no únicamente cuenta como elemento importante el de la función reproductiva.

Asimismo, se señaló que la Constitución Federal no garantiza únicamente la protección constitucional para un solo tipo de familia, integrada por padre, madre e hijos, sino que la prevé para la familia en sentido abstracto; por ello, constituye un deber del legislador atender a la realidad social para buscar la salvaguardia de todo tipo de familias, misma que en la actualidad puede estructurarse de variadas formas.

En razón de lo anterior, se estimó que no es dable sostener que la protección de la familia es exclusiva de una determinada forma de ésta, menos aun que se origine exclusivamente del matrimonio entre un hombre y una mujer, pues con ello se excluye y resta valor a las demás.

De esta forma, se determinó que la Constitución federal mexicana no establece un marco específico para el concepto del matrimonio, razón por la cual, en términos del artículo 121 de dicho texto constitucional¹⁸⁵, los Estados tienen la libertad conceptual para poder legislar al respecto.

1.4.2. El Concubinato.

El vocablo concubinato proviene del latín *concubinatus* que significa “comunicación” o “trato” de un hombre con su concubina.

Dicha figura ya era reconocida en la Roma antigua, su existencia se debió a que en ese tiempo se prohibían los matrimonios entre los patricios que eran los *cíves* romanos, con cualquiera otra de las clases sociales como plebeyos, ingenuos o libertos.

Las leyes romanas reconocieron ese tipo de relaciones considerándolas como un matrimonio inferior sin efecto entre los concubinos, por ello la mujer no adquiría el rango social del marido, ni éste tiene la *patria potestas* sobre sus hijos, ya que el parentesco se reconocía solo por la vía

¹⁸⁵ El primer párrafo de dicho numeral establece, al efecto, que “En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros [...]”.

materna. Fue hasta el periodo de Justiniano cuando se reconocieron los lazos naturales entre el padre y los hijos nacidos de concubinato¹⁸⁶.

Ventura Silva¹⁸⁷, define al concubinato como: “la unión permanente entre personas de distinto sexo, sin intención de considerarse marido y mujer”. Para Yungao¹⁸⁸, el concubinato “es el estado aparente de matrimonio, dos personas de distinto sexo viven en común, constituyen un grupo familiar junto con sus hijos pero no tienen el título de casados”. Esta situación, si bien no recibe el título de matrimonio, en el presente surte efectos en relación con los concubinos y sus hijos, quienes tienen derecho a manutención, educación y hereditarios.

Señalan Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez que el vocablo concubinato nació en el derecho romano para designar la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta de *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*¹⁸⁹.

En el antiguo derecho español se le denominaba *barraganía* y ocurría cuando se unían personas casadas de distinta pareja o de condición social diferente¹⁹⁰.

Baqueiro y Buenrostro lo definen como el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos, no sólo respecto de la pareja y de los hijos sino también en relación con otros parientes y los bienes, porque hoy en día se le equipara al matrimonio.

Mientras que en algún diccionario se afirma que “este concepto se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho ilícito que produce efectos jurídicos”¹⁹¹.

En tal virtud, el concubinato es la relación marital de dos personas de distinto sexo que se unen sin formalidades de ninguna índole con la intención de formar una familia, pero ambos deben de ser solteros. En nuestro país, la legislación reconoce el estado del concubinato y le otorga los mismos

¹⁸⁶ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano. Primer Curso*, 21ª ed., Porrúa, México, 2004, pp.168-169.

¹⁸⁷ *Derecho Romano, op. cit.*, p. 139.

¹⁸⁸ *Derecho de Familia. op. cit.* p.35.

¹⁸⁹ *Derecho de Familia*, Oxford, Segunda Edición, 2009, México, p. 143.

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ ÁLVAREZ DE LARA, R. M., *et al.* (coord.), *op. cit.*, p. 68.

derechos y obligaciones que produce el matrimonio entre los consortes y sus hijos.

El Código Familiar para el Estado de Michoacán, en su artículo 290, establece que los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años precedentes, periodo del que quedan exentos si tienen un hijo en común; en tanto que, el artículo 293 de ese mismo texto, estipula que los concubinos tienen derechos alimentarios y sucesorios.

Por tanto, puede entenderse, por un lado, que es la unión de un hombre y una mujer, libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo, que viven y cohabitan como si estuvieran casados por dos años o más en forma constante y permanente; y por otro, que esa unión y convivencia, sin importar el tiempo que dure, surte sus efectos si la pareja tiene hijos¹⁹².

1.4.3 La Filiación.

La palabra filiación tiene su origen en la raíz latina *filiato-onis de filis* que equivale a “hijo”.

En el Diccionario de Derecho Civil y de Familia¹⁹³ se le atribuyen los siguientes significados. En primer lugar, la relación de hecho y que por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo o hija. En segundo término, la situación creada entre ambos progenitores y su prole. En tercer lugar, un hecho del que se deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.

Plainol lo define como “la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra, creando parentesco en primera grado y su repetición produce las líneas o series de grados”¹⁹⁴.

Lo anterior permite entender que la filiación constituye el vínculo que crea parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco.

¹⁹² BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *et al*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁹³ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *et al*. (coord.), *op. cit.*, p. 176.

¹⁹⁴ *Idem*.

Por filiación jurídica debe entenderse, en sentido amplio, la relación creada entre los progenitores –padre y madre– y sus descendientes –hijos–, que forman el núcleo social primario de la familia, a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones¹⁹⁵.

En otras palabras, la filiación es el vínculo entre el hijo y sus progenitores y de éstos con aquél, el cual surge con el nacimiento, aunque también puede establecerse posterior a él ante el reconocimiento que haga el padre o la madre en las formas previstas en la ley.

El Código Familiar michoacano, en su Título Octavo, establece que los hijos nacidos dentro de un matrimonio se presumen como hijos de los cónyuges, presunción que sólo destruye probando la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer dentro de los ciento veinte días que precedan al nacimiento, según se desprende del artículo 310, aunque posibilita a todo aquel que resulte perjudicado por la filiación a promover cuestiones relativas a la paternidad sobre un hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio.

1.4.4. La Adopción.

El término adopción proviene del latín *ad*, “a” y *optare* que significa “desear”.

Genéricamente se entiende que la adopción es la relación que surge entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico, lo que produce derechos y obligaciones legales similares a aquellas de padres e hijos en una relación filial.

De ahí que se le define como el acto o negocio de derecho privado por virtud del cual entre el adoptante y el adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o al menos, análogos a los que resultan de la procreación entre padres e hijos¹⁹⁶.

¹⁹⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *et al*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁹⁶ AA.VV., *Diccionario Jurídico Espasa*, Coordinado por la Fundación Tomás Moro, Ed. Espasa Calpe, p. 31.

Se ha sostenido que la adopción no constituye propiamente un acto jurídico público sino que es un acto de interés público, plurilateral y de carácter mixto por la variedad de personas y de intereses que en él intervienen¹⁹⁷.

Incluso se le plantea como una ficción legal¹⁹⁸ porque su propósito lo constituye el suplir los vínculos biológicos de la filiación y a razón de ello crea un vínculo de parentesco cuyo fundamento radica en norma jurídica.

El artículo 376 del Código Familiar de Michoacán, reconoce que la filiación y la adopción producen esa ficción legal, al establecer que el adoptante tiene los mismos derechos y obligaciones para con el adoptado, que los padres respecto de la persona y bienes de los hijos; lo mismo a la inversa. Asimismo, en sus artículos 382 y 383, estipula que el adoptado se equipara al hijo consanguíneo y extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos.

Doctrinalmente, la adopción se califica como simple, plena o internacional, cuyas diferencias radican en la mayor o menor amplitud del vínculo filial que se contrae así como los derechos, deberes y obligaciones que de ella se derivan entre adoptante y adoptado.

El ordenamiento familiar para el Estado de Michoacán regula esos tres tipos o formas de adopción, al establecer la adopción simple, en la cual la relación de parentesco existe sólo entre adoptante y adoptado (artículo 385), lo que significa que entre los demás parientes consanguíneos o por afinidad del adoptante no existe ninguna relación de parentesco con el adoptado.

Así, también, se prevé La adopción plena, en la que el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos para el matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo (artículos 382 y 383).

Finalmente, la adopción internacional también se prevé y surge cuando los adoptantes son extranjeros y el adoptado nacional o a la inversa y siempre como característica se entiende que es plena (artículos 386 y 387).

¹⁹⁷ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *et al.* (coord.), *op. cit.*, p.16.

¹⁹⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *et al.*, *op. cit.*, p. 248.

1.4.5. El Parentesco.

La palabra “parentesco” etimológicamente viene del latín *perere*, que significa “engendrar”, lo que indica que el parentesco sólo debería existir entre las personas unidas por vínculos de sangre¹⁹⁹.

No obstante ello, en general se acepta que el parentesco es la relación de tipo jurídica que surge del matrimonio y concubinato, respecto de las familias de cada uno de los cónyuges o parejas, y de los hijos de éstos, ya sean consanguíneos o adoptados, empero eso no siempre ha sido así.

En la Roma antigua originalmente sólo se reconocía el parentesco civil (*agnatio*), siendo éste el que unía al *pater* con las personas que estaban bajo su potestad, esto en virtud de que lo que constituía a la familia no era el parentesco consanguíneo, sino la religión doméstica, de tal forma que en cada *gens* tenían un culto especial y particular que se debía perpetuar de generación en generación, siendo los varones los encargados de cumplirlo. Así, todos los que descendían de un antepasado común lejano eran considerados miembros de la familia, es decir, el parentesco no radicaba en el nacimiento, sino en el culto²⁰⁰.

Por ello, en la etapa antigua de Roma se definía al parentesco como “el vínculo jurídico que liga entre sí a las personas que descienden de una misma estirpe”.

Con el tiempo se reconoció el parentesco civil (*agnatio*) y natural (consanguíneo), al que denominaban *cognatio* y para la época de Justiniano se reconoció plenamente el parentesco mixto (paterno y materno), como lo conocemos en la actualidad; la *agnación* “es el vínculo que une a los parientes por línea masculina; comprendía a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*; la *cognatio*, es el vínculo de sangre que une a las personas que descienden unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo antepasado común (línea colateral), sin distinción de sexo”²⁰¹.

Muñoz, refiere que “la palabra parentesco designó en principio el vínculo de sangre creado por la generación humana entre padres e hijos únicamente, pero esta acepción amplió su sentido, y hoy el parentesco comprende los

¹⁹⁹ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *op. cit.*, p.264.

²⁰⁰ Vid. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, *et al*, *op. cit.*, pp. 33-36.

²⁰¹ Cfr. VENTURA SILVA, Sabino. *op. cit.*, pp. 109-110.

vínculos originados por todas las relaciones del estado de familia. Tres son las clases de parentesco reconocidos por el derecho civil: si el vínculo dimana de la consanguinidad entre parientes, el parentesco es de sangre; si se produce por razón de las relaciones que el matrimonio introduce entre el estado de familia de uno y otro cónyuge, el parentesco es de afinidad; y, finalmente, si el vínculo se origina en actos que imitan el parentesco de sangre, como ocurre en la adopción, entonces el parentesco recibe el atributo de civil”²⁰².

Sánchez²⁰³, a su vez, expresa que “parentesco es la relación jurídica que se da entre los ascendientes o progenitores y sus descendientes, entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, o entre los adoptantes y el adoptado”; y abunda acerca de que el parentesco consanguíneo es el que mayor relevancia e importancia tiene en todas las legislaciones, mismo que parte de la filiación, de la relación entre ascendientes y descendientes; respecto al parentesco de afinidad refiere que parte del contrato matrimonial, de tal forma que el concubinato o cualquier otro tipo de relación no producen parentesco de afinidad; el parentesco civil, dice, es el que se contrae por la adopción, creando así, una relación entre adoptante y adoptado, semejante al que se crea entre padres e hijos.

D’Antonio²⁰⁴, define al parentesco diciendo que “es la relación jurídica que media entre dos o más personas y que deriva de su común origen, del matrimonio o de la adopción”. A la vez que distingue tres clases de parentesco: 1. Por consanguinidad, que deriva del vínculo de la sangre; 2. Por afinidad, que emerge del matrimonio; y 3. Por adopción, que resulta del vínculo creado por esta institución.

Por su parte, Planiol, define al parentesco manifestando que “es la relación que existe entre dos personas que descienden una de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos o dos primos”²⁰⁵.

²⁰² MUÑOZ, L., *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, Ediciones Modelo, México, 1971, p. 390.

²⁰³ *Ibidem*, pp. 247-277.

²⁰⁴ HUGO D’ANTONIO, Daniel, *op. cit.*, pp. 197-198. En el mismo sentido CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., p. 273.

²⁰⁵ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, op. cit.*, p.12.

De igual forma, Pous indica que “El parentesco consiste en la relación existente entre dos o más personas derivado precisamente de su respectiva situación en la familia”²⁰⁶.

Otros²⁰⁷, conceptúan al parentesco como “la relación jurídica establecida entre dos personas, en razón de su pertenencia a una misma familia”, añaden que “el parentesco puede ser de cuatro especies, consanguíneo, por afinidad, civil y espiritual. El parentesco consanguíneo deriva del hecho natural de la procreación y une a las personas que descienden de un mismo progenitor...es el vínculo de sangre. El de afinidad deriva del matrimonio y une a cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro...el parentesco por afinidad es el que deriva de la adopción...el parentesco espiritual tiene su origen en el Derecho Canónico. Surge a partir de la ministración de determinados sacramentos y genera un vínculo entre ahijado y su padrino, así como entre los padres del ahijado y el padrino”.

Por su parte, César Augusto Osorio y Nieto²⁰⁸, entiende por parentesco “la relación entre dos o más personas basadas en una ascendencia común reconocida o en instituciones jurídicas como la afinidad y la adopción, lo cual da lugar a los tres tipos de parentesco: el consanguíneo, que es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor y puede ser en línea recta o transversal; por afinidad, que es el que se contrae por matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer o entre ésta y los parientes del varón; y, el civil, que es el nacido entre el adoptante y el adoptado”.

En el Código Familiar de Michoacán, en el Título Séptimo denominado Del Parentesco, y su Capítulo Único, se establecen los tipos de parentesco que reconoce la ley, que son, de consanguinidad, afinidad y el civil o de adopción, definiéndolos de la forma siguiente. En primer término, el parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

²⁰⁶ POUS DE LA FLOR, María Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (coords.), *Curso sobre la Protección Jurídica del Menor*, Colex, Madrid, 2001, p.15.

²⁰⁷ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al.*, *De la Persona y de la Familia en el Código para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 2006, p. 130.

²⁰⁸ *Ensayos Penales, op. cit.*, p. 254.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo²⁰⁹.

A su vez, la afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón²¹⁰.

Y finalmente, el parentesco civil es el que nace de la adopción²¹¹.

Por tanto, la afinidad nace siempre del matrimonio²¹². Esta relación de parentesco –llamados comúnmente parientes políticos– surge entre suegros, yernos, nueras, cuñados, sobrinos políticos y demás.

Sin embargo, el matrimonio no crea lazos jurídicos entre las dos familias de los cónyuges, inclusive en puridad, entre el marido y la mujer no existe una relación de parentesco por afinidad, sino que son ellos los fundadores –como pareja– de una nueva familia, aún cuando llegara el caso de que no procrearan.

Es por ello que este tipo de parentesco sea la consecuencia de una mezcla de la unión en matrimonio y del parentesco consanguíneo (en la actualidad también con el de la adopción²¹³) que da origen a la línea recta y la línea transversal computándose de la misma forma los grados que en el parentesco consanguíneo²¹⁴.

²⁰⁹ Artículo 301 del Código Familiar del Estado de Michoacán.

²¹⁰ Artículo 302 del Código Familiar del Estado de Michoacán.

²¹¹ Artículo 303 del Código Familiar del Estado de Michoacán.

²¹² Es por ello que el concubinato en México no engendra relación de parentesco entre las familias de los concubinos. *Vid.* ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, pp. 159-160.

²¹³ A partir de las reformas al Código Civil Federal publicadas el 28 de mayo de 1998, se adicionó un segundo párrafo que en lo conducente establece: “En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”.

²¹⁴ *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 158. Sin pretender desbordar el tema de este capítulo, es pertinente establecer las formas en que la legislación civil mexicana define la relación de parentesco familiar derivado de la relación consanguínea, por afinidad y por adopción, en los siguientes artículos “Artículo 296.- Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco. Artículo 297.- La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común. Artículo 298.- La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende. Artículo 299.- En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor, Artículo 300.- En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común”.

Se hace notar que, a nivel nacional, los códigos civiles reconocen los mismos tipos de parentesco que la legislación michoacana, de donde se desprende que la dogmática y el ordenamiento jurídico son coincidentes en ese sentido.

Una vez que se han sucintamente examinado el concepto, la evolución y las fuentes de la familia, corresponde proceder al análisis de la violencia familiar.

1.5. La Violencia Familiar. Marco Conceptual.

Para evitar confusiones ante la variedad de conceptos y los fenómenos que involucran, es conveniente precisar lo que se entiende por violencia familiar, intrafamiliar, doméstica y su diferencia con la violencia de género.

Se habla de violencia familiar, cuando en un grupo social doméstico existe una relación abusiva de poder entre al menos dos de sus integrantes²¹⁵. Esto supone cuatro elementos: primero, el ámbito en el que se desarrolla la conducta es el grupo doméstico, el cual como hemos visto en un apartado previo²¹⁶ puede ir más allá del concepto civil; segundo, se trata de ejercicio de poder, esto es, la intención del agresor no se dirige a dañar sino a someter o subyugar²¹⁷; tercero, supone una relación asimétrica, en la que uno es más débil o vulnerable que el otro²¹⁸; y cuarto, el comportamiento agresivo es sistemático, no aislado o excepcional²¹⁹.

El término se construye para definir el fenómeno con un enfoque descriptivo: se presentan actos violentos al interior de un grupo social determinado, en este caso, la familia en sentido amplio²²⁰; sin embargo, puede resultar equívoco por cuanto igualmente es posible suponer que se refiere a la violencia suscitada *ad extra*, es decir, entre familias.

²¹⁵ Vid. LAMBERTI, Silvio *et al.*, *Violencia Familiar: Sistemas Jurídicos*, Buenos Aires, Universidad, 2008, p. 19.

²¹⁶ Vid. Este mismo capítulo I, 1.5.4 Concepto Jurídico de Familia.

²¹⁷ LAMBERTI, Silvio *et al.*, *Violencia...*, p. 19. En cambio, RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La Violencia...*, p. 20, considera que la finalidad del agresor sí es dañar.

²¹⁸ Coinciden LAMBERTI, Silvio, *et al.*, *Violencia...*, p. 19; RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La Violencia...*, p. 20; y FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 304.

²¹⁹ En este sentido, LAMBERTI, Silvio, *et al.*, *Violencia...*, p. 19 y FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 303.

²²⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *et al.*, *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*, Porrúa, 3ª edición, México, 2003, p. 26.

Tal vez por ello algunos utilizan la expresión “violencia intrafamiliar”, dejando claro el ámbito donde se presenta el fenómeno, pero sin quedar exento de críticas, pues la convivencia de quienes no tienen un vínculo jurídico –sea por matrimonio, concubinato o parentesco– de esta forma se estima como familia²²¹.

A estos efectos, cabe destacar que en el ámbito continental, el Consejo de Europa utiliza el término “violencia en la familia” para caracterizar toda acción u omisión realizada en el seno de la familia por uno de sus integrantes contra otro, produciendo con ella menoscabo en su vida, integridad e incluso su libertad, pero también afectando el desarrollo de su personalidad²²².

1.5.1. Causas de la Violencia Familiar.

Se han identificado diversas condiciones que favorecen el surgimiento de la violencia doméstica, unas endógenas, como la reproducción de conductas aprendidas en la infancia; otras exógenas, como el uso de alcohol o encontrarse en una situación estresante; mientras que en la mayoría de los casos, es una mezcla de ambas²²³.

Tratar de explicar la violencia a partir de una única causa determinante coincide con el sentido común, pero soslaya su composición multifactorial en el ámbito sociocultural donde se presenta y los rasgos de personalidad de los implicados en ella.

El alcohol y las drogas tienen un efecto desinhibitorio respecto del uso de la fuerza, sin embargo, no puede reputarse causa de violencia, pues no todos los consumidores de esas sustancias la ejercen, incluidas las mujeres. De igual forma, la violencia como respuesta individual socialmente construida, es decir, que los individuos acuden a la violencia como forma de resolver una situación estresante es aprendida²²⁴, no explica por qué no es la totalidad de personas

²²¹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *et al*, *La Violencia...*, *op. cit.*, p. 28. En el ámbito español, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “*Delitos Contra las Personas: Violencia Doméstica y de Género*”, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, B de F, editorial REUS, Buenos Aires, 2006, p. 144.

²²² MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar y ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, *Violencia de Género Versus Violencia Doméstica: Consecuencias Jurídico-Penales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, p. 11.

²²³ LANZOS ROBLES, Antonio, *La Violencia*, *op. cit.*

²²⁴ MEIL LANDWERLIN, Gerardo, *La Violencia*, *op. cit.*

que vivieron en ambientes violentos desde la niñez, quienes practican la violencia familiar²²⁵.

En este sentido, más convincentes resultan las llamadas *teoría ecológica* y la *teoría del intercambio social*.

La primera postura parte de analizar los contextos sociales en los que se ubican las familias, identificando de esta manera cuatro niveles: el ontogenético, donde se alude a las biografías de los adultos integrantes de la familia y los modelos de rol conyugal y de paternidad que poseen; el microsistema, referido a las características de las interacciones que desembocan en violencia; el exosistema, vinculado a las relaciones de la familia con su entorno social inmediato, como el laboral, educativo o de servicios públicos; y el macrosistema, conectado con los valores culturales y sistemas de creencias que legitiman o exculpan el recurso a la violencia, concretamente, el patriarcado en su conjunto.

La segunda postura tiene como base que la interacción humana se guía por la búsqueda de recompensas y evitar costos; de esta forma, si alguien proporciona una recompensa, genera la expectativa de correspondencia y si ello no ocurre, se rompe la relación.

En la familia la relación no se rompe tan fácilmente, de manera que ante lo que se percibe como trato injusto, se genera conflicto que puede derivar en violencia. Adicionalmente, la ausencia de controles sociales efectivos reducen los costos de utilizar este medio de resolver el conflicto²²⁶.

Finalmente, cabe señalar que la violencia familiar se presenta en al menos tres formas distintas²²⁷: maltrato infantil o violencia familiar descendente²²⁸;

²²⁵ Un estudio empírico reveló que sólo en 42% de los casos de maltrato existía historia de violencia familiar en las familias de origen de ambos padres, mientras que la proporción fue de 34% en al menos una de las familias de los padres; datos que si bien revelan una conexión entre ambos fenómenos, definitivamente no permiten sostener una relación causal entre maltrato previo y posterior, CRESPO GARRIDO, María y RUIZ BARTOLOMÉ, Pablo, *La Educación en el Seno de la Familia como Medio de Prevención de la Violencia Doméstica*, en CRESPO GARRIDO, María y MORETÓN SANZ, María Fernanda [directoras], *Violencia y Familia: Educar para la Paz*, Colex, Madrid, 2013, p. 46.

²²⁶ MEIL LANDWERLIN, Gerardo, *La Violencia...*, *op. cit.*

²²⁷ Lo que no significa que se excluyan mutuamente, pues nada impide que se presenten de manera simultánea en un mismo grupo familiar. Así, las concibe como círculos concéntricos donde se presenta la violencia doméstica: la pareja, los menores y personas vulnerables, GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *La Habitualidad...*, *op. cit.*

²²⁸ La violencia doméstica contra los menores puede adoptar la forma de agresiones físicas y sexuales, GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *La habitualidad...*, *op. cit.*, adopta la clasificación de Bringiotti, según la cual en la violencia infantil se incluyen el maltrato y el abandono –sean físicos o emocionales–, el abuso sexual, explotación laboral, la corrupción del menor, el maltrato prenatal, así como secuestro y sustitución de identidad, LAMBERTI, Silvio y otro, *Violencia...*, pp. 22-24. El término “violencia descendente” es utilizado para referirse a la violencia que los padres ejercen contra sus hijos, VALMAÑA OCHAITA,

violencia conyugal²²⁹; y maltrato a ancianos²³⁰, que no coincide con la violencia familiar ascendente²³¹.

1.5.2. Violencia Familiar y Violencia Doméstica.

La violencia familiar se distingue de otro tipo de violencia por su diverso origen: las relaciones de subordinación derivadas de la convivencia en el contexto doméstico o sus asimilados. En efecto, la causa de esta forma de violencia está en la naturaleza de las relaciones familiares, en las que existe subordinación y dependencia de algunos de sus integrantes respecto de otros²³².

En cambio, se habla de violencia doméstica cuando esta tiene lugar dentro o fuera de la morada pero entre las personas que la comparten, o sea, entre quienes habitan el mismo domicilio. Luego, el concepto “violencia doméstica” tiene una comprensión mayor que el de “violencia familiar”, pues en él se incluye a quienes si bien no forman parte del grupo familiar, conviven con sus miembros²³³.

La violencia doméstica tiene su origen en patrones transmitidos por la propia familia a través de mecanismos formales e informales de control social, en el proceso de socialización, es decir, los procesos educacionales y de formación de hábitos culturales propician la perpetuación del fenómeno; en la situación de vulnerabilidad de ciertos miembros respecto de otros; en los conflictos entre las personas unidas por lazos afectivos; y hasta en la legislación,

Silvia, “Medidas de Prevención de la Violencia Doméstica en Castilla-La Mancha”, en CRESPO GARRIDO María *et al.*, *Violencia...*, p. 114; de manera que si bien están relacionados, no resultan sinónimos, en todo caso, el segundo parece ser especie del género conformado en el primero.

²²⁹ La que se da en la pareja, incluyendo relaciones distintas al matrimonio y al concubinato, como las relaciones de hecho, LAMBERTI, Silvio y otro, *Violencia...*, p. 25; incluye las violencias sexuales, GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *La Habitualidad...*, *op. cit.*

²³⁰ Cita el maltrato a personas débiles en el grupo, entre los que se encuentran las personas de la tercera edad e incapaces, GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *La Habitualidad...*, *op. cit.*

²³¹ Toda vez que se la define como el acto realizado por un menor para causar daño físico, psicológico o financiero como medio de obtener una posición de poder sobre alguno de sus padres, en CRESPO GARRIDO, María *et al.*, *op. cit.*, p. 110.

²³² LAURENZO COPELLO, Patricia, “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración Político-Criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2005, núm. 07-08, p. 08: 3 [accesada el 3 de agosto de 2012]..

²³³ Resultado de una relación de servicio (servicio doméstico) o contractual (arrendamiento), LANZOS ROBLES, Antonio, “La Violencia Doméstica”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (en CD-ROM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, número 5, pp. 133-149.

pues tanto la mujer como los hijos se consideraban sujetos a la potestad del varón²³⁴.

Se trata entonces de un comportamiento aprendido: un alto porcentaje de varones que ejercen violencia contra su pareja o familiares, fueron testigos, víctimas o ambos, de maltrato en su niñez; entonces, si bien experimentan odio y rechazo por su agresor, también aprenden que el miembro más violento es también el más poderoso en el entorno familiar²³⁵.

Las familias donde se presenta el maltrato tienen en común tres peculiaridades: primera, una estructura jerárquica inamovible a partir de creencias sobre desigualdad natural; segunda, dependencia y falta de diferenciación de sus miembros; y tercera, la distorsión comunicativa acerca del significado de los actos violentos, de manera que se les presenta como legítimos y positivos²³⁶.

En este sentido, la violencia ejercida contra los integrantes de la familia es un mecanismo utilizado para la resolución de conflictos interpersonales, de manera que estaría desvinculada de la discriminación por razones de género²³⁷.

Al interior de la familia, la presión social para mantener un comportamiento aceptable se hace más débil; al mismo tiempo, se pasó, en un tiempo relativamente breve, de una sociedad marcadamente patriarcal a otra donde la igualdad formal de la mujer debe hacerse efectiva, material, de manera que la resistencia al cambio en la familia y a la pérdida del control ancestral genera fricciones, frustración y conflicto entre sus miembros²³⁸.

1.5.3. Violencia Familiar y Violencia de Género.

Por su parte, el término “violencia de género” se utiliza para denotar cualquier acto de agresión dirigido a mujeres por su pertenencia al género

²³⁴ RUIZ CARBONELL, Ricardo, *op. cit.*, p. 21.

²³⁵ *Ibidem*, p. 23.

²³⁶ LAMBERTI, Silvio y otro, *Violencia...*, p. 21.

²³⁷ RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La Violencia...*, p. 21.

²³⁸ *Vid.* MEIL LANDWERLIN, Gerardo, “La Violencia Doméstica en el Contexto del Cambio Familiar. Una Perspectiva Sociológica”, en *Cuadernos de Derecho judicial* (en CD-ROM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, número 5, pp. 75-79; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la Violencia Doméstica a la Violencia de Género: ¿Un Paso Fallido Hacia el Derecho Penal del Enemigo?”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (Directora), *Estudios sobre la Tutela Penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 49.

femenino²³⁹, con la potencialidad objetiva para producir daño físico o psicológico²⁴⁰. Entonces, la violencia de género no se limita al entorno familiar, si bien contempla la posibilidad de que se presente en él, caso en el que se tiene como víctima directa a la mujer y sólo indirectamente, a los hijos²⁴¹. También existe violencia de género en la comunidad, cuando cualquier persona realiza actos vejatorios contra otros, por su condición de mujeres²⁴². Finalmente, se actualiza la violencia de género cuando el Estado o sus agentes, realizan las conductas antes mencionadas o toleran su ejecución.

La violencia de género se basa en la discriminación: derivado de un largo proceso socio-histórico, a las mujeres, como grupo social, se les ha asignado un papel secundario, de subordinación y dependencia respecto de los varones²⁴³.

Así, la violencia de género posee una característica distintiva de otros delitos: agrava o se aprovecha de un proceso de victimización social por el cual diversas conductas aparecen como socialmente aceptadas, aunque presuponen y perpetúan la desigualdad de hombres y mujeres al ubicar en posición de superioridad a aquellos frente a éstas²⁴⁴.

Justamente es aquí donde la violencia de género, la familiar y la doméstica se yuxtaponen, lo que genera confusión y desenfoque: si bien la violencia conyugal puede situarse dentro de la doméstica y más concretamente como familiar, ello únicamente es válido si se toma en consideración el contexto donde aquélla se presenta.

Cuando se toman como referente las causas de la violencia, es decir, que la convivencia en el ámbito doméstico se basa en relaciones de subordinación y

²³⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes de la Denominada “Violencia de Género” en el Código Penal Español. Apuntes Críticos”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (Directora), *Estudios...*, p. 26; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La Violencia de Género: Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), RECPC, 2006, núm. 08-02, p. 02-05.

²⁴⁰ MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar y otro, *Violencia...*, p. 12.

²⁴¹ El género es el conjunto de funciones y cualidades que se atribuyen a una persona por su sexo, de manera que se trata de un concepto cultural; en cambio, el sexo es la diferencia biológica entre los seres vivos determinado por la naturaleza, es decir, se trata de una distinción basada en elementos físicos y biológicos. Vid. RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La Violencia...*, p. 20.

²⁴² Por ejemplo, cuando se cometen delitos como violación (por mucho tiempo considerado un ilícito de naturaleza sexual, cuando en realidad se trata del ejercicio de poder), trata de personas o acoso sexual, por citar algunos.

²⁴³ Vid. FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 304.

²⁴⁴ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “El Concepto de Violencia de Género de la LO 1/2004 en el Sistema Penal: Fundamento, Trascendencia y Efectos”, en *Derecho y Proceso Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, Número 27, 2012-1, p. 5.

dependencia que favorecen la posición de dominio de algunos miembros del colectivo en relación al resto, se avanza un paso en la ruta para cribarlas, pero uno solo; las relaciones familiares son asimétricas por naturaleza, o como resultado de la construcción social.

La situación de dependencia derivada de la ley, por ejemplo, la patria potestad o tutela; de una relación contractual, como en el caso de la colaboración doméstica; o de una circunstancia personal que se traduce en vulnerabilidad personal frente al resto de los integrantes del grupo familiar, como edad avanzada o incapacidad, son causas “naturales” de asimetría en las relaciones personales²⁴⁵.

En cambio, no existe razón jurídica ni esencial por la cual la mujer adulta y capaz se encuentre en una posición subordinada a otro miembro de la familia, a saber, su marido o pareja; la relación asimétrica es producto de la discriminación estructural que la mujer padece como género, derivada de la desigualdad en la asignación de roles sociales²⁴⁶. Esta es la nota que caracteriza a la violencia de género, distinguiéndola del resto.

La violencia de género es una violencia instrumental, no neutra, se la utiliza como medio para conseguir el fin último: mantener la dominación sobre la mujer, ya sea que esto suceda en el ámbito familiar, en el social, o en el laboral. No es producto de la agresividad ambiental, ni de la conflictividad inherente a las relaciones de pareja, como tampoco de la ingesta de sustancias como alcohol o drogas; se trata de un medio para garantizar la relación de dominio de la mujer por el hombre²⁴⁷.

El ejercicio cotidiano de la violencia aunado a la ausencia de sanción social deriva en la llamada “indefensión aprendida”, es decir, la mujer sometida a malos tratos no reacciona ante el primer incidente de violencia, sea física o psicológica, tampoco frente a los posteriores. Como resultado, inicia un proceso

²⁴⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, *op. cit.*, p. 08:03; MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El Delito de Maltrato Ocasional del Artículo 153 del Código Penal: La Influencia del Modelo de Seguridad Ciudadana en el Actual Derecho Penal”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (Directora), *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁶ MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La Violencia...*, p. 02: 4; MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar y otro, *Violencia...*, p. 20; LAURENZO COPELLO, Patricia, *La Violencia...*, p. 08 y 04.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 2 y 4.

de desgaste en el que la autoestima disminuye, de manera que los mecanismos de defensa desaparecen²⁴⁸.

Estamos en presencia de un círculo vicioso: el entramado social genera condiciones de desventaja; el entorno familiar educa en la dependencia, sumisión y baja autoestima; el uso de la violencia en las relaciones familiares o de pareja se legitima como correcto; finalmente, la violencia es rentable: permite mantener la situación de dominio y no lleva aparejados efectos adversos para quien la emplea.

Así, los dos fenómenos presentan lo que podría llamarse una zona de traslape: cuando el acto violento ocurre en el entorno doméstico, pero ello no puede extenderse a todos los supuestos previstos; únicamente se actualizan supuestos de violencia de género cuando el autor comete la conducta aprovechándose de un proceso previo de victimización social o profundizando en él²⁴⁹.

La precisión conceptual antes realizada, permite identificar con claridad su contenido y alcance, quedando claro que violencia familiar, doméstica y de género, no son sinónimos; diferenciación que mostrará su importancia cuando se proceda al análisis de las conductas típicas, en apartados subsecuentes. De igual forma, es fundamental la distinción pues al tener causas diversas, el tratamiento que el Derecho penal da a la violencia doméstica no puede ser el mismo que requiere la violencia basada en el sexo; tampoco es admisible mezclar los tipos penales destinados a prevenir y sancionar la violencia de género con los relacionados a la violencia doméstica²⁵⁰.

²⁴⁸ En estudios de laboratorio con roedores, la indefensión aprendida incluso neutraliza los instintos básicos de supervivencia, véase MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar *et al.*, *op. cit.*, p. 18.

²⁴⁹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁰ *Idem.*

CAPÍTULO II

LA VIOLENCIA FAMILIAR A LA LUZ DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL

Sumario: 2.1. Introducción; 2.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Teórica Feminista; 2.2.1. Panorámica General de las Teorías Feministas en el Contexto Jurídico Internacional 2.2.2. La Postura Feminista de la Igualdad Formal; 2.2.3. El Feminismo “Desconstructivista” en el Orden Jurídico Internacional; 2.2.4. La Incidencia del Feminismo Reconstructivista y Reconceptualista; 2.2.5. El Feminismo Reflexivo: Revaluación y Revaloración del Orden Internacional; 2.2.6. Balance de las Posturas Teóricas Feministas Analizadas; 2.3. Los Derechos Humanos de las Mujeres: Panorámica Evolutiva; 2.4. El Fenómeno de la Violencia contra la Mujer en el Orden Jurídico Internacional. Breve Panorama de la Evolución de sus Fuentes; 2.5. Panorama de la Protección a los Menores y los Discapacitados en el Ámbito del Derecho Internacional; 2.5.1. La Protección de la Familia en el Derecho Internacional; y, 2.5.2. La Protección de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional.

2.1. Introducción.

La temática que es objeto de esta investigación no puede circunscribirse únicamente a la esfera jurídica interna.

Si bien es cierto que el análisis primario debe partir del contexto normativo y pretoriano nacional –incluyendo, por supuesto, la dimensión teórica del problema–, no debe soslayarse que la incidencia del Derecho Internacional, específicamente del que tiene naturaleza convencional, es relevante para los efectos de la configuración de la respuesta jurídica que se da al fenómeno de la violencia familiar.

No obstante, debe señalarse que el interés –doctrinal y pragmático– por vincular la dimensión jurídica internacional con la problemática que plantea la violencia familiar, es relativamente reciente.

En efecto, como señala Koh, no es sino en los últimos años que “the juxtaposition of domestic violence and international law would have seemed an oxymoron. For by its nature, violence that is ‘domestic’ would seem, by definition, to stand outside the scrutiny of ‘international law’”²³⁷.

²³⁷ KOH, Harold, “Foreword”, en MEYERSFELD, Bonita, *Domestic Violence and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 7. “La yuxtaposición de violencia doméstica y derecho internacional parecería más bien un oxymoron. Por su propia naturaleza, violencia que es ‘doméstica’ pareciera, por definición, estar fuera del escrutinio del ‘derecho internacional’”.

La anterior aseveración no deja de ser, en cierto modo, paradójica, si se toma en consideración la serie de profundas implicaciones que tiene tal fenómeno ya no únicamente en el ámbito “íntimo” –es decir, doméstico– de la comunidad, sino la diversificación y multiplicación de las vulneraciones a que están sujetos los pasivos del injusto en cuestión.

Se trata, pues, de una cuestión que sin dejar de reconocer afecta la esfera jurídica “interna” de las víctimas, trasciende las fronteras del orden jurídico nacional y exige una respuesta contundente del Derecho Internacional. Respuesta que coadyuve a la represión de dichas conductas y, especialmente, en la prevención de las mismas.

Ahora bien, el orden jurídico de la Comunidad Internacional ha desarrollado, de manera paulatina pero con gran consistencia, un *corpus iuris* que identifica la violencia familiar como una grave afectación y vulneración de los derechos humanos, de manera particular de las mujeres y los menores de edad (niñas y niño)^{251 252}; grupos que, por su naturaleza específica y posición social, están en una extrema situación de precariedad y vulnerabilidad²⁵³.

Bajo la perspectiva de los derechos humanos se ha materializado la incidencia del Derecho Internacional en el ámbito “doméstico” – esto es, familiar–, espacio donde tiene lugar el fenómeno de la violencia que se despliega en contra de tales grupos vulnerables²⁵⁴.

²⁵¹ En menor medida, también puede considerarse como afectados por el fenómeno de la violencia familiar los discapacitados, aunque su especial posición en el ámbito jurídico internacional está prevista por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor a partir del 3 de mayo de 2008 [Ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 (*Boletín Oficial del Estado*, Número 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659) y por México el 17 de diciembre de 2007 (*Diario Oficial de la Federación* de 2 de mayo de 2008)].

²⁵² Igualmente, los varones pueden ser víctimas de violencia familiar, aunque en mucho menor medida que las mujeres, los menores de edad, así como los discapacitados.

²⁵³ Precisamente por tratarse de un tipo especial de violencia, que no se agota en una ocasión sino que se desarrolla a lo largo del tiempo, manteniendo en constante inseguridad e incertidumbre al pasivo, la violencia familiar se considera de naturaleza estructural.

²⁵⁴ Como lo indica Reilly, “[...] from the early 1990s, transnational feminist networks and non-governmental organizations (NGOs) began to engage systematically across the different entities of the United Nations (UN) involved in defining global agendas on human rights [...]”. Cfr. REILLY, Niahm, *Women Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 2009, p. 1. “[...] desde inicios de los 90’s, redes feministas transnacionales y organizaciones no gubernamentales (ONG’s) comenzaron a actuar sistemáticamente en los diferentes órganos de las Naciones Unidas (NU) implicados en definir las agendas globales de derechos humanos”.

Este creciente interés del orden jurídico internacional por detener y prevenir la violencia familiar, así como proveer a las víctimas de asistencia y reparación adecuadas mediante el uso de los instrumentos que le son propios ha tenido un eco singular en el Derecho Convencional Internacional.

Como se analizará en los párrafos siguientes, el esfuerzo y la acción de los entes estatales y de las instituciones internacionales por codificar las normas consuetudinarias en este rubro, destacan el surgimiento y la consolidación de una importante tendencia en el ámbito convencional que no debe ignorarse. Aún más, los mandatos específicos para los Estados que participan en la serie de tratados que, en materia de derechos humanos, incorporan disposiciones con incidencia directa o indirecta en la prohibición de la violencia familiar, añaden más posibilidades a las víctimas de defenderse y superar las dificultades que puedan eventualmente encontrar en la esfera normativa interna.

En este sentido, cabe también advertir que las respuestas del orden jurídico internacional no son aisladas entre sí, ni tampoco discordantes. Es posible apreciar, en la codificación progresiva de los derechos humanos de las mujeres y de los menores de edad –fundamentalmente de las primeras–, un grado de coherencia que permite afirmar, en nuestro contexto actual, la cristalización de una prohibición clara y específica de la violencia familiar²⁵⁵, así como el surgimiento de un derecho humano correlativo a una vida de familia libre de violencia²⁵⁶.

Es decir, nos encontramos ante un fenómeno de relevancia insoslayable que, aún originándose en el ámbito interno de los Estados, genera repercusiones en la dimensión externa y, más aun, desarrolla una instrumentación específica, a través de las obligaciones internacionales que se derivan de las normas convencionales intergubernamentales, cuyo despliegue *ad intra* de los ordenamientos jurídicos estatales ha venido a conformar un verdadero *corpus* en esta materia.

Ciertamente la respuesta que da el Derecho Internacional al fenómeno de la violencia familiar es de naturaleza jurídica, pero no puede –ni debe–

²⁵⁵ MEYERSFELD, Bonita, *Domestic Violence and International Law*, op. cit., pp. 23-25.

²⁵⁶ SALINAS, Laura et al., *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Taller sobre su Aplicación en México. Cuaderno de Casos Tipo*, Instituto Nacional de las Mujeres/UNICEF, México, s/f, p. 1.

soslayarse que el origen radica en el más amplio movimiento a favor de la igualdad de género y, fundamentalmente, en las raíces teóricas de carácter feminista que han impulsado –y lo hacen todavía– el reclamo de las mujeres por un pleno reconocimiento a su condición específica, diferenciada del hombre y con derechos y prerrogativas particulares²⁵⁷.

A la luz de tales premisas, este capítulo abordará, *prima facie*, un breve recorrido por las posiciones teóricas que desde el feminismo han incidido en la construcción de un andamiaje conceptual *ad hoc* para el posterior reclamo, desde el ámbito de los derechos humanos, de que se generen obligaciones internacionales específicas, a cargo de los Estados y en favor de las mujeres, en el ámbito de la erradicación de la violencia familiar.

En el *iter* propuesto se revisará el desarrollo normativo en los ámbitos universal y regional, examinando *grosso modo* las particularidades de cada uno de ellos, así como el derecho derivado surgido en ambas esferas.

Aspecto de insoslayable relevancia, la protección de las y los menores de edad, por lo que se refiere a una vida libre de violencia –incluida la de naturaleza familiar– también se abordan, si bien más brevemente, desde la perspectiva convencional internacional. De esa manera, se podrá apreciar el andamiaje normativo que el Derecho Internacional ha construido en sede convencional para hacer frente al fenómeno de la violencia familiar²⁵⁸.

2.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Teórica Feminista.

Como bien destacan Charlesworth y Chinkin, el desarrollo del orden jurídico de la Comunidad Internacional en la segunda mitad del siglo pasado –y añadiríamos, en los primeros años de la actual centuria–, ha sido en verdad impresionante, pues “It now pervades international relations and national political and legal systems [...] distributing power and resources in the international and

²⁵⁷ EDWARDS, Alice, *Violence Against Women Under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 1.

²⁵⁸ La terminología empleada en este capítulo, al igual que en los demás que integran esta tesis, parten de suponer similares en cuanto contenido, alcance y efectos, los vocablos “violencia familiar” y “violencia familiar”.

national communities [...] regulating coercive behaviour between states, and between states and non-state actors [...]”²⁵⁹.

La expansión e incidencia del antiguo *Ius Gentium* es, pues, innegable, ya que no sólo comprende el clásico esquema de las relaciones entre los actores de naturaleza estatal²⁶⁰, sino, además, abarca el amplísimo campo de la cooperación internacional²⁶¹, adentrándose, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial y hasta la fecha, en la promoción y difusión de los valores y principios que se consideran de mayor relevancia para la humanidad en su conjunto²⁶².

Sin embargo, la paradoja se manifiesta por la “estrechez” en la perspectiva analítica que enfatiza las contradicciones entre la espectacular e incesante dinámica expansionista del orden jurídico internacional, y sus limitaciones y obstáculos para dar oportuna respuesta a una serie de necesidades acuciantes y problemas de gran calado²⁶³.

El caso específico de los derechos humanos es un ejemplo que refleja la paradoja aludida. Con mayor precisión, si cabe, la cuestión de los derechos humanos de las mujeres plantea las deficiencias que debe todavía resolver satisfactoriamente la esfera jurídica internacional en aras de completar la estructura de protección y promoción en un mundo pleno de grandes desafíos en este contexto²⁶⁴.

²⁵⁹ CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000, p. 1. “Ahora impregna las relaciones internacionales, así como los sistemas políticos y jurídicos [...] distribuyendo poder y recursos en las comunidades internacional y nacionales [...] regulando la conducta coerciva entre los estados, y entre los estados y los actores no estatales”.

²⁶⁰ Origen y justificación del Derecho Internacional Público, la denominada “Sociedad de Estados Soberanos” constituyó la simiente –y razón de ser– de esta esfera jurídico-normativa a partir de la cual evolucionaría al actual orden jurídico internacional, con la multiplicidad de actores y sujetos, así como de relaciones jurídicas, que le son características. Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, pp. 99-101.

²⁶¹ Vid., por todos, JORDAN, Robert S. *et al.*, *International Organizations. A Comparative Approach to the Management of Cooperation*, Fourth Edition, Praeger Publishers, Westport, 2001, pp. 1-4, 18-21, y KIRGIS, Frederic L., *International Organizations in Their Legal Setting*, Second Edition, West Publishing Co., St. Paul, 1993, pp. 1-6.

²⁶² GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego *et al.*, *op. cit.*, pp. 101-105.

²⁶³ CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law...*, *op. cit.*, p. 1.

²⁶⁴ GARCÍA MUÑOZ, Soledad, “Género y Derechos Humanos de las Mujeres: Estándares Conceptuales y Normativos en Clave de Derecho Internacional”, en CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fontamara, México, 2012, p. 47.

El basamento teórico que se ha empleado para explicar tal *status quo* es el que proporciona las herramientas conceptuales acuñadas por el feminismo. Mejor dicho, los feminismos, pues para referirse a la dimensión analítica de este ámbito epistemológico, no cabe la univocidad²⁶⁵.

La preocupación por vincular la perspectiva teórica feminista con el Derecho Internacional se empieza a manifestar en los albores de la década de 1990²⁶⁶. En efecto, es en este espacio temporal cuando surgen las primeras interrogantes respecto del papel del orden jurídico internacional y la aparente falta de acción en “address the inequality and oppression of women”²⁶⁷.

Las diversas corrientes feministas no dudan en poner en el debate la exigencia de emplear los términos “género” y “sexo” como aspectos esenciales –herramientas conceptuales– necesarios para confrontar una orden jurídico internacional que es reacio a incorporar a sus mecanismos la “cuestión femenina” y, esencialmente, los derechos de las mujeres como grupo especialmente vulnerable.

En este sentido, cabe recordar con Smart, que “[...] el derecho colocó a la mujer en desventaja: le asignó menor cantidad de recursos materiales (por ejemplo, en el momento del matrimonio y del divorcio), la juzgó por estándares diferentes e inadecuados (por ejemplo, la promiscuidad sexual), le negó la igualdad de oportunidades (por ejemplo, los casos de “personas”) o no reconoció los daños causados a las mujeres porque estos mismos daños otorgaban ventajas a los varones (por ejemplo, las leyes sobre prostitución y violación) [...] el calificativo de *sexista* en realidad funcionó mas como una estrategia de redefinición que como una modalidad de análisis [...] no está en duda que, en un nivel, el derecho es *sexista* [...]”²⁶⁸.

En efecto, las categorías e instituciones jurídicas se estructuraron en torno a la diferenciación del sexo, entendido este término no sólo en su aspecto

²⁶⁵ RÉAUME, Denise, “What’s Distinctive about Feminist Analysis of Law? A Conceptual Analysis of Women’s Exclusion from Law”, en *Legal Theory*, Vol. 2, 1996, p. 269.

²⁶⁶ La obra de CHARLESWORTH y CHINKIN, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, mencionada *ut supra*, es seminal en este contexto. Vid. KOUVO, Sari y PEARSON, Zoe (Eds.), *Feminist Perspectives on Contemporary International Law. Between Resistance and Compliance?*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pp. 2-3.

²⁶⁷ BUSS, Doris and MANJI, Ambreena, “Introduction”, en Buss, Doris and Manji, Ambreena (eds.), *International Law. Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Portland, 2005, pp. 2-3.

²⁶⁸ SMART, Carol, “La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico”, en BIRGIN, Haydée (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, pp. 34-36. Las itálicas son propias del original.

meramente anatómico²⁶⁹, sino en su dimensión, más amplia, de *género*, siendo éste “[...] la forma en que las sociedades simbolizan la diferencia anatómica y esa lógica cultural es la fuerza subyacente que impide tratar a hombres y a mujeres [...] como ciudadanos “iguales”. Las diferencias que los seres humanos manifiestan en torno a su sexuación, su identidad sexual y sus prácticas sexuales se han traducido socialmente en desigualdad, discriminación, estigmatización y, en ocasiones, en linchamiento social y muerte”²⁷⁰. Es indudable que tanto varón como mujer nacen iguales en cuanto a su esencia y naturaleza²⁷¹, es decir, son seres humanos, pero “[...] son diferentes en cuanto a sexos”²⁷². A partir de dicha diferenciación se desarrolla toda una concepción machista del orden jurídico, instrumentalizada durante décadas –e inclusive centurias–.

La construcción conceptual del género es, indudablemente, de carácter histórico-cultural y prácticamente ha incidido en todas cada una de las áreas del Derecho, no siendo la excepción el orden jurídico internacional.

De ahí, entonces, la incidencia de la(s) teoría(s) feminista(s) en la elaboración conceptual de la diferenciación –perspectiva– de género, fundamental para poder entender la posterior evolución de los derechos humanos de las mujeres.

A continuación se hará un breve análisis de las posiciones teóricas fundamentales que han vinculado el género con la dimensión jurídica internacional.

2.2.1. Panorámica General de las Teorías Feministas en el Contexto Jurídico Internacional.

El interés del feminismo –como mecanismo e instrumento de naturaleza conceptual– por el ámbito específico del Derecho Internacional tiene su punto de

²⁶⁹ Es decir, varón y mujer, con las características física, fisiológicas, e inclusive, psicológicas que les son propias a cada uno.

²⁷⁰ LAMAS, Marta, “Dimensiones de la Diferencia”, en CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Género, Cultura y Sociedad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fontamara, México, 2012, p. 1.

²⁷¹ En sentido filosófico, es decir, la característica que distingue a los seres humanos de los demás entes. Con ello se alude, por supuesto, a la racionalidad.

²⁷² LAMAS, Marta, *op. cit.*, p. 14.

partida en el fenómeno de la “[...] exclusion of women from mainstream human rights norms, processes and institutions”²⁷³.

La discusión se origina, en efecto, por la denominada “especificidad” de los derechos humanos de las mujeres, cuestión que *prima facie* resulta difícil de conciliar con la universalidad de los derechos humanos *in genere*.

A la luz de dicha característica ²⁷⁴, los derechos humanos “[...] corresponden a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto temporal, espacial, político o cultural”²⁷⁵. En esta perspectiva, es evidente, por la diferenciación que proporcionan los conceptos de “sexo” y “género”, la imposibilidad de afirmar que *todos los derechos humanos* corresponden a *todos los seres humanos*. Simplemente no podría sostenerse tal aserto, no sólo por la cuestión “sexuada” de los géneros –varón y mujer– sino, además, por una serie de diferencias que son innegables y que abarcan desde las diferencias culturales hasta las propias situaciones específicas de vulnerabilidad de ciertos grupos humanos, tales como los niños, los discapacitados, entre otros²⁷⁶.

No obstante tales divergencias –de manera particular las basadas en la diferenciación sexuada–, la cuestión ha sido resuelta, en definitiva, si se toma en consideración que la universalidad de los derechos humanos implica, no mas no menos, un “mínimo universal”²⁷⁷. Es decir, no se niegan las especificidades ni las diferencias ni particularismos que existen –o pueden existir– en los grupos humanos, y que tienen su origen en distintas causas o razones. Tal como enfáticamente señala Tomuschat, “[...] if human rights are to be derived from the

²⁷³ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 36. “[...] exclusion de las mujeres de la corriente de normas, procesos e instituciones de los derechos humanos”.

²⁷⁴ Recuérdese que tradicionalmente se ha sostenido que los derechos humanos poseen cuatro características: la universalidad –a la que se hace referencia en el texto principal de este capítulo–, la indivisibilidad, la progresividad y la interdependencia. Para un análisis en profundidad, *vid.* STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, pp. 323-402.

²⁷⁵ SERRANO, Sandra, *Las Características de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional*, Documento de Trabajo 1, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Teoría Jurídica de los Derechos Humanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, México, Febrero 2010, p. 7.

²⁷⁶ *Cfr.*, por todos, DONNELLY, J., “Cultural Relativism and Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, 1984, pp. 400-419.

²⁷⁷ WALZER, Michael, *Interpretation and Social Criticism*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, p. 24.

nature of human being, any possible societal divergencies will appear as secondary and insignificant”²⁷⁸.

Con base en dichas consideraciones, es claro que la especificidad de los derechos humanos de las mujeres, pese a la diferenciación sexuada y de género, no contradice la característica de universalidad *in genere* de los derechos humanos, pues al contrario, la reafirma. Esta es la perspectiva que adopta Beitz cuando indica “according to what we might call the ‘nondiscrimination view’ –a view encouraged by the approach taken in the declaration and in the preamble to the women’s convention itself– the human rights of women are simply the human rights of all people, applied without discrimination to women as well as to men [...] there are no ‘human rights of women’ *per se*”²⁷⁹. Es conclusivo, por tanto, que los derechos humanos de las mujeres son, en síntesis, derechos humanos²⁸⁰.

En suma, si la práctica internacional y su recepción *ad intra* de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales ha desarrollado este especial tratamiento de los derechos humanos cuya titularidad retienen las mujeres, ello se debe, en efecto, a la existencia, en la gran mayoría de las sociedades, de mecanismos, procedimientos e instrumentos discriminatorios contra ellas. Aún más, dicha discriminación ha sido sistemática y permanente, materializándose a lo largo de amplios periodos temporales²⁸¹.

En este contexto, el feminismo, a través de las posturas que se han preocupado por el “empoderamiento” de la mujer a través de impulsar el reconocimiento e implementación de una serie de derechos específicos en la esfera internacional, ha estructurado una serie de argumentos que, a su vez, han dado origen a posturas que pueden considerarse *autónomas*.

²⁷⁸ TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 82-83. “[...] si los derechos humanos se derivan de la naturaleza humana, cualquier divergencia social aparecerá como secundaria e insignificante”.

²⁷⁹ BITZ, Charles R., *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 187-188.

²⁸⁰ VAN LEEUWEN, Fleur, *Women’s Rights Are Human Rights: The Practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2010. “De acuerdo a lo que podríamos llamar la ‘perspectiva no-discriminatoria’ –perspectiva animada por el enfoque adoptado tanto en la declaración como en el propio preámbulo a la convención de las mujeres– los derechos humanos de las mujeres son simplemente los derechos humanos de todas las personas, aplicados sin discriminación tanto a las mujeres como a los hombres [...] no hay ‘derechos humanos de la mujer’ *per se*”.

²⁸¹ BITZ, Charles R., *op. cit.*, p. 187-188.

De manera general, esta heterogeneidad conceptual, cuya fuentes es, precisamente, el feminismo, tiene por lo menos una coincidencia: “[...] the goal of equality [...]”²⁸². Las divergencias se despliegan en los medios para lograr tal objetivo.

Bajo esta perspectiva de la herogeneidad de medios para lograr la plena igualdad –material, no sólo formal– es que pueden distinguir las siguientes posturas teóricas. En primer lugar, la postura feminista de la igualdad formal, cuyo desarrollo se da entre 1948 y 1970. En segundo lugar, la postura “deconstructora”, que inicia en la década de los ochentas y continúa teniendo presencia en la actualidad. En tercer lugar, la corriente teórica que aboga por un triple movimiento: “reconstrucción, reconceptualización y reinterpretación del Derecho”, cuyos albores tienen lugar en la década de los noventas y, en forma paralela a la anterior, se desarrolla y está presente aún en nuestros días. Finalmente, la cuarta postura, que inicia en los inicios del siglo veintiuno, que respalda la necesidad de una reflexión, reevaluación y revaloración del orden jurídico en lo concerniente a los derechos de las mujeres.

Es preciso hacer notar que las tres últimas posturas se posicionan en el panorama actual de la(s) teoría(s) feminista(s) con un inusitado vigor. Ello coincide con el extraordinario impulso que el Derecho Internacional ha tenido en numerosos ámbitos, permeando prácticamente todas las esferas jurídicas. Este fenómeno se concreta de manera muy particular en el amplio campo de los derechos humanos, tal como lo hace notar Kamminga, al destacar que la expansión de esta área obedece a su capacidad de que el “international human rights law [...] includes not merely human rights *strictu sensu*, but any international norm capable of conferring rights and duties directly on individuals regardless of nationality [...]”²⁸³, y añadiríamos –también– con independencia de género y sexo.

Teniendo presente dicha perspectiva, a continuación se abordarán las posturas teóricas feministas mencionadas en los párrafos previos para efecto de

²⁸² EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 37. “[...] el objetivo de la igualdad [...]”.

²⁸³ KAMMINGA, Menno T., “Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law”, en KAMMINGA, Menno T. y SCHEININ, Martin, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 2. “El derecho internacional de los derechos humanos [...] incluye no solamente derechos humanos *strictu sensu*, sino toda norma internacional capaz de conferir derechos y deberes a los individuos sin considerar nacionalidad [...]”.

clarificar sus postulados esenciales y su imbricación en el orden jurídico internacional.

2.2.2. La Postura Feminista de la Igualdad Formal.

Casi inmediatamente al término de la Segunda Guerra Mundial empieza a esbozarse esta primera postura teórica que trae causa de la participación inicial –y vigorosa– del trabajo y activismo desarrollados en –y por– una serie de organizaciones internacionales²⁸⁴, así como de mujeres con indiscutible relevancia e influencia internacional²⁸⁵.

La principal característica de esta postura es la defensa de los derechos de las mujeres como *conditio sine qua non* para el avance en la igualdad y el combate frontal a la discriminación. De ahí, entonces, que la participación femenina se centrara en “[...] their advocacy on the rights to equality and non-discrimination on the basis of sex in a *formal* sense”²⁸⁶.

Obsérvese el énfasis puesto en el término “*formal*”, pues en ello consistió, básicamente, el activo papel de las mujeres en el seno de las organizaciones internacionales, así como en el diseño de varios de los instrumentos internacionales más relevantes que, sin lugar a dudas, constituyen la simiente de la denominada “internacionalización” de los derechos humanos.

Baste mencionar, *ad exemplum*, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948²⁸⁷, o los Pactos Internacionales de 1966²⁸⁸, para que se pueda apreciar la innegable importancia de la

²⁸⁴ Notable, en este aspecto, fue la labor desarrollada por la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres, órgano especializado dependiente del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), establecido por la Resolución 11(II) de 21 de junio de 1946, y cuyo mandato específico es el diseño de políticas de impacto global para el avance de las mujeres y en la promoción de la igualdad de género en áreas como la política, la educación, entre otras. Puede consultarse el siguiente vínculo: <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/index.html#about>

²⁸⁵ Como fue el caso de Eleanor Roosevelt, cuya activísima participación, como Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la recientemente creada Organización de Naciones Unidas, en el diseño y redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es ampliamente reconocida.

²⁸⁶ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 39. “[...] su defensa de los derechos a la igualdad y no discriminación sobre la base del sexo en sentido formal”.

²⁸⁷ Resolución 217 A (III), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 10 de diciembre de 1948.

²⁸⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, el primero, y el 3 de marzo de ese mismo año el segundo.

participación femenina en la construcción –formal– del andamiaje normativo inicial que pretendió, esencialmente, “[...] elevate the equal rights and human rights status of women, irrespective of nationality, race, language or religion, in order to achieve equality with men in all fields of human enterprise”²⁸⁹.

El culmen instrumental de esta corriente lo constituye, sin lugar a dudas, la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979²⁹⁰.

Tal *corpus* constituye, como se verá *infra*, el “[...] political framework of the UN’s work on women’s rights, and importantly moved beyond the protective orientation of earlier instruments of the League of Nations”²⁹¹.

No obstante lo anterior, la postura también destaca que han sido –son– insuficientes las “voces femeninas”²⁹² en el concierto de las instituciones, los procesos, así como en los instrumentos de orden internacional.

En efecto, mientras las mujeres sigan siendo excluidas de las negociaciones de los diversos instrumentos internacionales, apartadas de las posiciones más relevantes en las organizaciones e instituciones internacionales, así como ignoradas en los mecanismos de implementación y cumplimiento de los compromisos internacionales que estén relacionados con sus derechos, el resultado será un “[...] system that fails to reflect fully, or ignores entirely, the rights, interests, concerns, needs, and desires of women”²⁹³.

La intensa participación femenina en el diseño de los instrumentos y textos primarios que en materia de derechos humanos se elaboraron, según esta visión teórica, está afectada de parcialidad, pues adolece de una concepción más ambiciosa para el avance de las propias mujeres. La limitación habría provenido de la misma agenda feminista liberal, más interesada en la igualdad

²⁸⁹ GALEY, M. E., “Promoting Nondiscrimination Against Women: The UN Commission on the Status of Women”, en *International Studies Quarterly*, Vol. 23, 1979, p. 273. “[...] elevan los derechos de igualdad y el estatus de los derechos humanos de las mujeres, independientemente de nacionalidad, raza, lengua o religión, a efectos de alcanzar la igualdad con los hombres en todos los campos de la actividad humana”.

²⁹⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 34/180, de fecha 18 de diciembre de 1979, habiendo iniciado su vigencia el 3 de septiembre de 1981.

²⁹¹ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 39. “[...] marco político del trabajo de las NU en material de derechos de las mujeres, y avanzando de manera importante más allá de la orientación protectora de los primeros instrumentos de la Liga de las Naciones”.

²⁹² MAHONEY, Kathleen, “Theoretical Perspectives on Women’s Human Rights and Strategies for their Implementation”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 12, 1996, p. 810.

²⁹³ CHARLESWORTH, Hilary *et al.*, “Feminist Approaches to International Law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 613. “[...] Sistema que falla completamente en reflejar, o enteramente ignora, los derechos, intereses, preocupaciones, necesidades, y deseos de las mujeres”.

formal que en la erradicación de la discriminación sexuada o en la incorporación de la perspectiva de género en los propios documentos internacionales.

En cierta manera, esta corriente teórica subraya que las mujeres que activamente participaron en la “arena internacional”, en realidad fueron más bien reacias a “hablar” a favor de su propio género²⁹⁴.

La obsesión feminista por la igualdad –e inclusión– formal no contribuyó, en definitiva, al empoderamiento real de las mujeres. Simplemente no se benefició a este grupo vulnerable por considerar más importante, *ratione temporis*, el diseño y la estructuración del contenido general de los instrumentos, documentos y textos internacionales en materia de derechos humanos, como *lex generalis*, que los derechos humanos como *lex specialis* para las mujeres.

Producto de dicha –limitada– concepción, “[...] the search for equal rights may result in ‘distorted (from a woman’s perspective), yet logically consistent, case outcomes’”²⁹⁵.

El mismo parámetro crítico puede aplicarse, siguiendo la postura teórica feminista en comento, tanto a la paupérrima representación de las mujeres en los *fora* internacionales²⁹⁶, como en la “arquitectura internacional institucional”²⁹⁷. No basta con que haya mujeres participando en las distintas conferencias internacionales, o que sean designadas para que ocupen posiciones de alta responsabilidad en las organizaciones internacionales. Tampoco es suficiente que existan mecanismos permanentes y órganos de monitoreo específicamente destinados a vigilar la implementación de las obligaciones convencionales internacionales.

Se requiere, siempre a la luz de esta postura teórica, un verdadero cambio en todo el sistema jurídico internacional. Y ello no se resuelve solamente con añadir nuevos catálogos y listas de derechos humanos específicos para las mujeres²⁹⁸.

²⁹⁴ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 45.

²⁹⁵ KAUFMAN, N. H. y Lindquist, S. A., “Critiquing Gender-Neutral Treaty Language: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, en PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.), *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, p. 117.

²⁹⁶ Que incluyen las conferencias internacionales como los mecanismos de representación permanente ante las organizaciones internacionales, tanto universales como regionales.

²⁹⁷ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 48.

²⁹⁸ SCALES, Ann, “The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay”, en *Yale Law Journal*, Vol. 95, 1986, p. 1382.

Tal conjunto de críticas hace que se empiece a “deconstruir” el *status quo* del orden jurídico internacional, específicamente en lo concerniente a los derechos humanos de las mujeres, lo que se analizará en el siguiente apartado.

2.2.3. El Feminismo “Deconstructivista” en el Orden Jurídico Internacional.

Esta corriente teórica del feminismo inicia hacia la mitad de la década de los ochentas y ha mantenido su presencia en el ámbito doctrinal a lo largo de la transición al siglo veintiuno.

Elemento esencial de esta postura, destaca Edwards, es que sus seguidoras mantienen una constante al “[...] deconstructing or critiquing international human rights norms (and other aspects of international law) in order to identify gaps or mischiefs in the law”²⁹⁹.

La crítica deconstructivista de este sector de estudios feministas emplea la crítica del *status quo* normativo del orden jurídico de la Comunidad Internacional con objeto de identificar los patrones “patriarcales” que siguen imperando –permeando– no sólo en el ámbito específico de los derechos humanos de las mujeres, sino en todo el Derecho Internacional *in genere*.

El manifiesto dominio de lo masculino sobre lo femenino y su reflejo en la esfera jurídica internacional constituye la preocupación básica de esta postura. A este respecto, Fraser destaca que las normas del orden jurídico internacional “[...] were initially articulated and continue to be interpreted and applied to reflect men’s experience while overlooking harms that most commonly or disproportionately affect women”³⁰⁰.

Ciertamente, como apunta Edwards, la causa –o causas, debiérse más bien señalar– se deriva de la falta de igualdad estructural³⁰¹, no tanto formal, pues el Derecho Internacional ya había ido incorporando una serie de normas protectoras *prima facie* de las mujeres al declarar la “igual protección” para ambos géneros. Tal desigualdad incluirían aspectos como “[...] patriarchy,

²⁹⁹ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁰ FRASER, A. S., “Becoming Human: The Origin and Development of Women’s Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, 1999, p. 853.

³⁰¹ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 51.

exclusion, and oppression, combined with poverty, harmful or discriminatory cultural and religious practices, and political disenfranchisement”³⁰².

Los defensores de esta postura teórica son unánimes en afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está concebido, en su conjunto, para privilegiar la visión masculina del orden jurídico³⁰³. Es decir, la estructuración del contenido del catálogo de derechos, así como los mecanismos de implementación y aplicación de tales prerrogativas están definidas según criterios patriarcales, machistas y que, en síntesis, el orden jurídico internacional “[...] fail to acknowledge, or otherwise marginalise or silence women’s interests”³⁰⁴. De ahí, entonces, que se califique al Derecho Internacional como “sexista”³⁰⁵. Ejemplo de ello, según Edwards, es la definición que se da a la tortura³⁰⁶ en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984³⁰⁷, cuyo texto “[...] prioritises violence perpetrated within the context of state custody, a form of harm more typically meted out against men than women”³⁰⁸.

La calificación “sexista” que esta postura adjudica al Derecho Internacional también trae causa de la denominada “estandarización masculina” del orden normativo supranacional. En efecto, para Mahoney, “[...] male hegemony over public life and institutions meant that rights came to be defined by men”³⁰⁹. La influencia masculina en la nomogénesis del ordenamiento jurídico internacional, en su desarrollo, así como en su implantación institucional y estatal condicionan, fuertemente, un contenido jurídico propio que redunde en beneficio de las mujeres.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ BUNCH, C., “The Gender of *Jus Cogens*”, en PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.), *op. cit.*, p. 13.

³⁰⁴ CHARLESWORTH, Hilary *et al.*, “Feminist Approaches to International Law”, *op. cit.*, pp. 614-615.

³⁰⁵ CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law...*, *op. cit.*, p. 18.

³⁰⁶ Para los efectos conducentes, la Convención dispone, en su artículo 1.1, que se entiende por tortura: “[t]odo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Nótese la redacción que, *prima facie* parece ser neutral, pero que tiene una orientación más bien de carácter masculino.

³⁰⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

³⁰⁸ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁹ MAHONEY, Kathleen, *op. cit.*, p. 811.

En tal virtud, el deconstructivismo va más allá de la aparente neutralidad de género que se incorpora a la normatividad internacional, destacando que se debe cuestionar, inclusive, la definición, esencia y alcance de los derechos humanos de las mujeres. Tal aserto encuentra eco en el señalamiento de que el Derecho Internacional ha fallado, durante muchos años, sobre todo en el contexto de la expansión universal de los derechos humanos, en incorporar las preocupaciones que aquejan a las mujeres. Se destaca, a guisa de ejemplo, la falta de atención del orden jurídico internacional en ignorar problemáticas tan graves como la esclavitud sexual, la violación, la mutilación genital femenina, el infanticidio femenino, el acoso sexual, las políticas económicas a favor de la mujer y, por lo que interesa a esta investigación, también ha minimizado –por no decir, completamente ignorado– la *violencia familiar*³¹⁰.

Quizá la crítica que más acremente se hace desde la perspectiva deconstructivista, es que los propios instrumentos convencionales internacionales que supuestamente consagran los derechos humanos de las mujeres, no logran una clara, precisa y adecuada conceptualización de tales prerrogativas. En este sentido, Burrows no duda en afirmar que, a pesar de los aparentes esfuerzos por codificar una serie de derechos específicos de y para las mujeres, “[...] there has been no attempt to define the exact sphere of women’s rights or to enumerate those rights that might be said to be peculiar to women”³¹¹. Tales observaciones no se hacen únicamente respecto de los textos convencionales universales –los Pactos de 1966, por ejemplo–, también comprenden tratados tan relevantes como la propia Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979³¹², considerada usualmente como la Carta de Derechos Humanos de las Mujeres³¹³. Con excepción de ciertos derechos, prácticamente la mayoría de las prerrogativas codificadas en este último instrumento son aplicables, *mutatis*

³¹⁰ GALLAGHER, Anne, “Ending the Marginalization: Strategies for Incorporating Women into the United Nations Human Rights System”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 290-291.

³¹¹ BURROWS, Noreen, “International Law and Human Rights: The Case of Women’s Rights”, en CAMPBELL, Tom *et al.* (eds.), *Human Rights: From Rethoric to Reality*, Blackwell Publishing, New York, 1986, p. 82.

³¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

³¹³ En el sentido de los clásicos *Bill of Rights*, pero con un contenido específico –*lex specialis*– que en principio es predicable solamente en relación con las mujeres, titulares de los derechos en tal documento convencional contenidos.

mutandis, a los varones, excluyendo, por lo tanto, las experiencias propias de las mujeres para los efectos de la interpretación, aplicación y ejecución de las obligaciones derivadas de la Convención de 1979, y de los demás tratados y documentos de derecho derivado³¹⁴.

Finalmente, cabe hacer mención de la diversidad cultural como otra de las razones que el deconstructivismo feminista encuentra para explicar las graves fallas estructurales del orden jurídico de la Comunidad Internacional en la construcción de un *corpus* específico de derechos humanos a favor de las mujeres. De manera concreta, los teóricos adscritos a esta corriente destacan el relativismo cultural que justifica “[...] practices in conflict with universal human rights standards are frequently made by governments in relation to women’s rights, when these same arguments would not be tolerated against non-gender specific rights”³¹⁵. Básicamente se argumenta que la mujer, en el contexto de la cultura social, está sujeta a prácticas, tradiciones y ritos que no hacen mas que subrayar el carácter patriarcal en la mayoría de las colectividades, siendo protegida esta visión por los propios textos convencionales internacionales³¹⁶.

A la luz de esta última crítica debe entenderse, asimismo, el problema que plantea el tradicional –y erróneo– discurso que postula la mayor importancia en el reconocimiento e implementación de los derechos políticos y civiles, en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, un relevante sector del deconstructivismo destaca que es precisamente en el contexto de los –incorrectamente– denominados “derechos de la segunda generación”³¹⁷, donde las mujeres son mayormente afectadas por las carencias, la falta de políticas de género que sean adecuadas y eficientes, además de la situación de extrema pobreza –e inclusive miseria– en la que se encuentran

³¹⁴ Vid., en general, CHINKIN, Christine y KNOP, Karen, *Final Report on Women’s Equality and Nationality in International Law*, International Law Association, Committee on Feminism and International Law, London, 2000.

³¹⁵ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 58.

³¹⁶ Piénsese, *ad ex.*, en el derecho humano a las creencias religiosas, que en ciertos grupos permiten la opresión de la mujer en aras de dicha doctrina, protegida por ser, precisamente, derecho humano.

³¹⁷ Cabe señalar que la concepción de los derechos humanos en “generaciones” – para destacar su aparición y evolución– ha sido ampliamente superado por la doctrina. La perspectiva “generacional” no hacía sino exacerbar una distinción, meramente artificial, que no se justificaba a la luz de la indivisibilidad de los derechos humanos. Vid., por todos, KOCH, Ida Elisabeth, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p. 1-14.

sumidas un gran número de ellas a nivel mundial³¹⁸. Tal como señala Edwards al establecer que “[...] the distinction between these two categories or ‘generations’ of rights makes it difficult to develop comprehensive solutions”³¹⁹.

El ejemplo de la violencia familiar no puede ser más claro a este respecto, pues es un fenómeno que se presenta, con mayor incidencia, en los grupos más depauperados, sin que ello signifique que sólo se encuentre restringido a tales círculos sociales, ya que tiene lugar en todos los niveles y sectores de la colectividad. De ahí que “[i]f violence against women [...] is viewed in isolation of its underlying causes, such as women’s economic or educational disadvantage, then a rights-based approach will have limited effect”³²⁰.

En síntesis, el enfoque que aporta el deconstructivismo feminista es importante, pues desarrolla la plataforma sobre la que se desarrollarán posteriormente las otras dos corrientes que se analizarán enseguida. Sin embargo, la crítica que se hace a la postura es, precisamente, que no ofrece alternativas; es meramente descriptiva³²¹.

A pesar de lo anteriormente indicado, no debe soslayarse que el deconstructivismo es enfático al subrayar que, si bien hay muchos aspectos del *status quo* normativo internacional que todavía siguen la concepción patriarcal que niega materialmente la igualdad a las mujeres y las discrimina³²², el orden jurídico internacional es un medio privilegiado en la lucha para erradicar dichos aspectos.

2.2.4. La Incidencia del Feminismo Reconstructivista y Reconceptualista.

Con base en la postura deconstructivista, surge, a mediados de la última década de la pasada centuria, una serie de estudios que motivan el desarrollo de un activismo feminista que pugna por la inclusión de las mujeres en el diseño

³¹⁸ BYRNES, Andrew, “Women, Feminism and International Human Rights Law. Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation?” Some Current Issues”, en *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1995, p. 222. También disponible en línea: <http://www.law-lib.utoronto.ca/Diana/fulltext/byr2.htm> [accesada el 24 de abril de 2012].

³¹⁹ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 60.

³²⁰ *Idem.*

³²¹ *Ibidem*, p. 40.

³²² En sentido machista, por supuesto.

de las normas internacionales que abordan la cuestión de la igualdad, la no discriminación y, en general, los derechos humanos de las mujeres.

Al mismo tiempo, estas académicas, a las que se unen en apoyo varias organizaciones y activistas de derechos humanos, despliegan acciones concretas exigiendo la inclusión de más mujeres en el seno de las instituciones internacionales.

En cierto modo, los conflictos generados en la antigua Yugoslavia, con sus terribles secuelas de masacres y violaciones masivas de los derechos humanos de poblaciones enteras, especialmente de mujeres³²³, pone en el centro del debate la necesidad de medidas urgentes e inmediatas a favor de este grupo en extremo vulnerable.

El reconstructivismo feminista propone, en especial, que los derechos humanos de las mujeres vuelvan a ocupar un lugar preponderante en la “agenda de los derechos humanos”. Ejemplo de ello es, indudablemente, el texto de la Declaración de la Conferencia de Viena, que destaca: “The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights”³²⁴.

Con mayor énfasis, dicho documento, que recoge las conclusiones de tan importante Conferencia cuyo tema central fue, precisamente la protección y defensa de los derechos humanos, especifica que son objetivos prioritarios de la Comunidad Internacional “[T]he full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex [...]”³²⁵.

Ahora bien, la *reconstrucción* de los derechos humanos de las mujeres necesariamente atraviesa, de conformidad con esta postura teórica, un proceso imprescindible de *reconceptualizar* y *reestructurar* el orden normativo imperante, adoptando todo lo que favorezca el empoderamiento de las mujeres y la mejor protección de sus derechos.

³²³ Sólo para ilustrar el sufrimiento de las mujeres en el contexto de la denominada “limpieza étnica” que se verificó en la guerra de los Balcanes, con posterioridad a la desintegración de la Yugoslavia de Tito, *vid.* BALL, Howard, *Prosecuting War Crimes and Genocide. The Twentieth-Century Experience*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, pp. 121-154.

³²⁴ *Cfr.* el párrafo 18 de la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena, UN Doc. A/CONF. 157/23, de 212 de julio de 1993.

³²⁵ *Idem.*

De lo anterior, las feministas adscritas a esta corriente no dudan en afirmar que más importante que una falta de normatividad, el verdadero problema del que adolece el orden jurídico internacional en este ámbito de los derechos humanos de las mujeres, “[...] has been a lack of enforcement”³²⁶. Luego, entonces, la acción debe enfocarse en el proceso de implementación y ejecución de las obligaciones derivadas de los compromisos asumidos por los Estados en la esfera jurídica internacional³²⁷.

Para concretar tal objetivo –sigue enunciando esta postura– resulta imprescindible la reconceptualización de los términos “público” y “privado”, que permean todo el orden jurídico internacional y cuyos efectos, en relación con las mujeres, son extraordinariamente negativos.

La noción tradicional es que el orden jurídico internacional se corresponde a la “esfera pública”, mientras que las necesidades presentes en la vida cotidiana de las mujeres se circunscriben a la “esfera privada”³²⁸.

Lo anterior trae causa del origen y evolución del propio ordenamiento jurídico internacional, pues fueron los Estados quienes dieron forma a la arquitectura normativa que reguló, durante mucho tiempo, las relaciones jurídicas calificadas como “internacionales”³²⁹.

Si en sus inicios el Derecho Internacional tuvo como sujetos únicos y privilegiados a los “Estados Independientes”, como lo enunció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Lotus*³³⁰, no debe extrañar que los individuos fueran relegados a un –muy lejano– segundo plano³³¹.

Ahora bien, el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos motivó la –aún vigente– adaptación y adecuación de los principios propios del ordenamiento jurídico internacional para que los entes de naturaleza

³²⁶ ENGLE, K., “International Human Rights and Feminisms: When Discourses Keep Meeting”, en BUSS, Doris and MANJI, Ambreena (eds.), *op. cit.*, p. 52.

³²⁷ ZIMMERMANN, Andreas, “Dispute Resolution, Compliance Control and Enforcement in Human Rights Law”, en ULFSTEIN, Geir *et al.* (ed.), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 38-47.

³²⁸ NAFFINE, Ngaire, “Sexing the Subject (of Law)”, en THORNTON, Margaret (ed.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, Oxford University Press, Melbourne, 1996, pp. 20-32.

³²⁹ REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 93-97.

³³⁰ CPJI, asunto *Lotus* (Francia vs. Turquía), sentencia de 7 de septiembre de 1927, *Serie A*, Número 10 (1927).

³³¹ *Vid.*, por todos, PARLETT, Kate, *The Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, especialmente pp. 278 *et seq.*

estatal, a través del *consensus ad idem*, reconocieran y se comprometieran a repeter tales prerrogativas a favor de los particulares. No obstante, el esquema tradicional –aún todavía en operatividad, pese a los avances en la materia³³²– enfatiza que los derechos humanos se oponen básicamente frente al Estado y sus autoridades³³³, y muy reticentemente se acepta su despliegue en la esfera jurídica privada.

De ahí, entonces, que el sistema “[...] has focused almost exclusively on state action directed against individuals, rather on so-called ‘private’ attacks against women in their homes or in other private settings”³³⁴. Tal es el enfoque, por ejemplo, de todo el conjunto de derechos humanos a los que se califica como “políticos y civiles”, cuya acción, se critica, está orientada para salvaguardar el quehacer de las personas en su “esfera privada”³³⁵.

Bajo esta perspectiva, Edwards afirma que, “on a practical level, the effect of distinguishing between the public and the private has ‘rendered invisible’ or at least less important, the many violations that women suffer in private”³³⁶.

Es a partir de dicha crítica que el reconstructivismo feminista urge, a través de sus distintos integrantes, a que el Derecho Internacional, y en específico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que incide en las mujeres, se *reconstruya y reconceptualice*.

Las acciones que deben adoptarse para concretar tales objetivos necesariamente deben tomar en consideración el nivel “doméstico”, pues es donde las mujeres realizan la mayor parte de sus quehaceres, con independencia de las estadísticas que reflejan la cada vez mayor incorporación de ellas a los diversos sectores laborales y profesionales.

Baste mencionar que la *reconstrucción y reconceptualización* de la *violencia doméstica* –objeto de este análisis– conlleva el convencimiento y reconocimiento de que la “domesticidad” tiene, efectivamente, relevancia en el

³³² La referencia es, por supuesto, al desarrollo de la eficacia horizontal de los derechos humanos entre particulares, mejor conocida como la *drittwirkung*.

³³³ En sentido amplio, incluyendo a quienes, sin ser formalmente servidores públicos, prestan servicios o desarrollan actividades propias del Estado, o que pueden calificarse como de carácter público o estatal.

³³⁴ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 65.

³³⁵ CHARLESWORTH, Hilary *et al.*, “Feminist Approaches to International Law”, *op. cit.*, pp. 625-628.

³³⁶ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 65.

orden internacional³³⁷, y no se restringe a la “esfera privada”. Es en este contexto que se entiende la categórica afirmación de Heyman cuando indica “[...] it is *senseless to view domestic violence as purely private conduct*”³³⁸. Luego, entonces, no puede concebirse este fenómeno como alejado de lo “público” y circunscrito a lo “privado”, pues en el fondo, de lo que se trata es de un “[...] *exercise of political choice*”³³⁹.

La exigencia de reconceptualizar el orden jurídico internacional para que eficazmente proteja los derechos de las mujeres también es postulada por Charlesworth y Chinkin, quienes consideran que, en general, la violencia ejercida contra las mujeres forma parte de la “aberrante” estructura de la subordinación universal de la mujer, por lo que tales actos no pueden –ni deben– ser considerados “privados”³⁴⁰.

Lo “privado” y la protección de los derechos de las mujeres no pueden ubicarse en el mismo nivel, aunque ciertamente, como lo han destacado una serie de académicos adscritos a esta corriente teórica, el contraste³⁴¹ con la esfera “pública” ha servido para identificar los vacíos y deficiencias del Derecho Internacional, no sólo en lo concerniente a la ausencia de las mujeres del panorama normativo supranacional, sino en todos y cada uno de los –negativos– aspectos que constituyen fuente de discriminación trato no igualitario.

Finalmente, no deja de llamar la atención que un sector doctrinal denomina a esta corriente teórica como “integracionista”, pues “[...] attempt to work and support women’s rights *within* existing or mainstream institutions”³⁴².

En este sentido, es indiscutible la aportación del “reconstructivismo integracionista” en el entendimiento de la dinámica que se desarrolla entre las instituciones internacionales, por ejemplo, y el diseño y puesta en operación de las políticas de género en la esfera jurídica global.

³³⁷ Vid., por todos, MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, además ROTH, Kenneth, “Domestic Violence as an International Human Rights Issue”, en COOK, Rebecca J. (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, p. 327.

³³⁸ HEYMAN, Michael G., “Domestic Violence and Asylum: Toward a Working Model of Affirmative State Obligations”, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, Núm. 4, 2005, p. 740. El énfasis es añadido.

³³⁹ *Idem.*

³⁴⁰ CHARLESWORTH, Hilary and CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law...*, *op. cit.*, p. 235.

³⁴¹ Que ciertos autores califican como la “dicotomía privado/público”. Vid., *inter alia*, EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 70.

³⁴² *Ibidem*, p. 42. Las itálicas son del original.

A la luz de estas últimas consideraciones pueden entenderse las medidas adoptadas por las Naciones Unidas para que los órganos que vigilan y monitorean el cumplimiento de los tratados internacionales originados en dicho sistema internacional institucional “[...] shall fully integrate gender perspectives into their presessional and sessional working methods, including identification of issues and preparation of questions for country reviews, general comments, general recommendations and concluding observations [...] in particular [...] the gender implications of each issue discussed under each of the articles of the respective instrument”³⁴³.

En general, no obstante la lectura más bien de carácter positivo que realiza, el reconstructivismo feminista ha sido muy cuidadoso en no exagerar las “bondades” del *status quo* en el orden jurídico internacional. Inclusive, un sector de esta corriente no duda en afirmar que el actual sistema internacional institucional tiene más defectos y fallas que aspectos favorables para los derechos humanos de las mujeres, y que simplemente, lo único que “promueve” es la diferencia sexual en clave discriminatoria³⁴⁴.

Lo anterior motiva el análisis, también breve para los efectos que interesan, de la cuarta postura teórica feminista, cuyos aspectos básicos se delinean en los siguientes párrafos.

2.2.5. El Feminismo Reflexivo: Revaluación y Revaloración del Orden Internacional

El inicio del tercer milenio testifica el surgimiento de una cuarta postura teórica feminista cuyas herramientas conceptuales se apoyan, fundamentalmente, en un ejercicio de carácter reflexivo en torno a los avances de las diferentes políticas internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres³⁴⁵.

La idea básica parte de considerar que existe una “identidad colectiva femenina”, y que la misma se manifiesta en la búsqueda de una interpretación

³⁴³ Vid. los párrafos 34 a) al f) del texto *Human Rights Questions: Implementation of Human Rights Instruments*, UN Doc. A/50/505, de fecha 4 de octubre de 1995.

³⁴⁴ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 42.

³⁴⁵ Vid., por todos, KOUVO, S., *Making Just Rights? Mainstreaming Women's Human Rights and a Gender Perspective*, Iustus Förlag, Uppsala, 2004.

de las normas jurídicas internacionales en clave de “género” que pretende, precisamente, la deconstrucción de la oposición femenino/masculino³⁴⁶.

A este respecto, Naffine comenta que la tendencia “esencialista” constituye un verdadero problema, pues considera que las mujeres no pueden ser, al mismo tiempo, mujeres y sujetos de Derecho, ya que la normatividad internacional³⁴⁷ sólo es capaz de regular la diferenciación sexuada, *cosificando* a la mujer, mientras que el varón asume *plena subjetividad* ante el Derecho³⁴⁸.

De ahí, entonces, que la “esencialización” de la mujer adopte perfiles socio-culturales delimitados y constreñidos a una concepción típicamente “occidental”, “normalizando”, como destaca Banda, el contenido del orden jurídico internacional en una visión predominantemente masculina³⁴⁹. El resultado de ello es que la protección que brinda el Derecho Internacional asume una perspectiva prácticamente reduccionista, de ahí que “[...] fail to recognise the intersection of sex/gender and other identity-based characteristics such as race, ethnicity, class, poverty, colonial oppression, religion or sexuality”³⁵⁰.

La aportación del feminismo reflexivo radica en modificar la perspectiva – y sus consiguientes deficiencias y fallas– apuntada en los párrafos anteriores. En efecto, el sobredimensionamiento –en sentido de exageramiento– de la cuestión “género”, ha hecho que el orden jurídico internacional pierda de vista, literalmente, otros aspectos que son importantes para una protección adecuada y eficiente de las mujeres.

La revaluación y revaloración de la terminología empleada por los instrumentos convencionales internacionales, así como por los órganos que monitorean y supervisan su cumplimiento por los Estados Parte, requiere – siempre siguiendo a esta corriente feminista– la ampliación de los contenidos básicos de conceptos como, *ad exemplum*, el de “violencia”, tal como McKinnon enfáticamente lo destaca³⁵¹.

³⁴⁶ Tal oposición, denominada “esencialismo” por el Feminismo Reflexivo, afecta de manera negativa a las mujeres, y permea todo el orden jurídico internacional. EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 70.

³⁴⁷ Aunque la misma autora destaca que es una cuestión problemática que afecta a todo el orden jurídico *in genere*, y no sólo al internacional.

³⁴⁸ NAFFINE, Ngaire, *op. cit.*, p. 35.

³⁴⁹ BANDA, Fareda, *Women, Law and Human Rights: An African Experience*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 7.

³⁵⁰ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 76.

³⁵¹ MCKINNON, “Rape, Genocide, and Women’s Human Rights”, en *Harvard Women’s Law Journal*, Vol. 17, 1994, p. 5.

Los resultados son, precisamente, una actualización de las diferentes estrategias y mecanismos empleados en la segunda mitad del pasado siglo a fin de determinar “[...] the extent to which international law has responded to women’s lives”³⁵².

Se trata de una concepción de naturaleza *integracionista*, es decir, realista en cuanto que busca un enfoque más aproximado a las distintas “realidades” que se derivan tanto de los instrumentos que ofrece el Derecho Internacional en su conjunto, las diferentes políticas adoptadas por los integrantes de la Comunidad Internacional y que se derivan de los compromisos internacionales asumidos por virtud del entramado normativo institucional y, no menos importante, la perspectiva futura de los avances en la materia.

En tal virtud, esta corriente teórica del feminismo busca la erradicación de los estereotipos que han “esencializado” no sólo a las mujeres, sino, además, a los varones, afectando negativamente a ambos.

Como adecuadamente destaca Edwards, se trata, en suma, de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea capaz de “[...] accommodate the diversity of women and women’s lives without compromising its strength that lies in the appeal to universality and the promotion of gender equality”³⁵³.

Nótese que el llamado a la universalidad y a la igualdad de género implican el manejo conceptual, en sentido amplio, tanto de aquellos términos que usualmente se han aplicado al varón, restringiendo –incorrectamente– su aplicación a las propias mujeres, como de aquellos vocablos que, en una supuesta defensa de los derechos de las mujeres, se emplean para defender una concepción más bien de carácter patriarcal, en detrimento, por supuesto, de la mujer.

De igual forma, no puede soslayarse que la dimensión cultural se encuentra presente, ineludiblemente, en el contexto jurídico normativo, y que más que obstáculo, constituye un instrumento de análisis –casi un canon hermenéutico– al que se debe recurrir para una adecuada valoración de los mecanismos de interpretación y aplicación de los compromisos internacionales derivados de los instrumentos convencionales internacionales.

³⁵² EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 43.

³⁵³ *Ibidem*, p. 78.

A diferencia de quienes argumentan que la cultura es un escollo para la auténtica universalidad de los derechos de las mujeres, debe plantearse la vocación que dicho fenómeno tiene, bien empleado, para materializar la plena igualdad de género.

La argumentación central del feminismo reflexivo consiste, precisamente, en buscar la intervención del orden jurídico de la Comunidad Internacional para erradicar y prevenir la aparición de fundamentalismos de cualquier tipo³⁵⁴. En particular, hace notar Edwards, debe revalorarse la propia imagen que se tiene de la mujer, pues ésta, debe reconocerse, “[...] whether from developed or developing countries – is a distorted one”³⁵⁵.

2.2.6. Balance de las Posturas Teóricas Feministas Analizadas.

Las cuatro posturas teóricas que fueron descritas y comentadas *grosso modo* en los párrafos precedentes demuestran, indudablemente, la complejidad del problema, así como las distintas formas de entender, en la perspectiva jurídica, el conjunto de los derechos humanos específicos de las mujeres.

Varios puntos deben destacarse antes de proseguir con el análisis de la violencia de género en el ámbito jurídico internacional.

En primer lugar, no debe pasar desapercibido que, a pesar de las vicisitudes y contradicciones que reflejan la evolución de este peculiar orden normativo³⁵⁶, existe un genuino interés por extender la protección del Derecho Internacional a los grupos en situación de vulnerabilidad, de manera especial, a las mujeres.

En segundo lugar, es evidente que las distintas corrientes teóricas feministas tienen un extraordinario compromiso con el avance y la adecuación de la dimensión iusinternacionalista a las necesidades reales, concretas y materiales de las mujeres. Como se apreciará en los siguientes párrafos, no

³⁵⁴ *Inter alia*, económicos, sociales, religiosos y, por supuesto, culturales. TAMALE, Sylvia, “African Feminism: How Should We Change?”, en *Development*, Vol. 49, Number 1, 2006, pp. 39-40.

³⁵⁵ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 85.

³⁵⁶ Como menciona Pariotti, “l’instabilità dell’ordine internazionale, la crescente tensione, al suo interno, tra obiettivi i legati alla sicurezza e alla *tutela dei diritti umani*, nonché la faticosa ricerca di criteri di giustizia in esso applicabili costituiscono i *principali ambiti problematici nel diritto internazionale dei nostri giorni* [...]”. Cfr. Pariotti, Elena, “Introduzione”, en *Ars Interpretandi, Annuario di Ermeneutica Giuridica*, XIII, 2008, p. 7. Las cursivas son propias.

pocos pasos en la codificación de los derechos humanos de las mujeres trae causa de las aportaciones del feminismo para superar prejuicios atávicos y posicionar a las mujeres como *sujetos* de Derecho –y no como *objetos*–, en igualdad con los varones.

En tercer lugar, debe reconocerse que el debate doctrinal respecto de qué contenido, alcances y matizaciones deban tener los derechos que integran este *corpus specialis*, cuya titularidad detentan las mujeres, sigue desarrollándose. Es claro que falta definir –en mucho– los contornos jurídicos definitivos que –en el orden internacional– garanticen no sólo la plena igualdad y la no discriminación a las mujeres, sino, además, la superación de los hábitos, de las costumbres y tradiciones que, en aras de un pretendido acervo cultural, no hacen sino restringir el goce y disfrute de sus derechos a las mujeres.

La lucha jurídica contra la violencia –en general– y de manera específica contra la violencia doméstica, tema de esta investigación, aun debe atravesar una serie de etapas que, en síntesis, permitan entender que “[...] the way forward is not to reject international human rights law altogether but to work with it to ensure that women’s experiences are recognised”³⁵⁷.

Previo al análisis del *status quo* que prevalece en el orden jurídico de la Comunidad Internacional en materia de protección de las mujeres contra la violencia –incluyendo, por supuesto, la de naturaleza familiar–, es necesario abordar, aunque sea *grosso modo*, el origen y evolución del *corpus* normativo que, a través de los derechos humanos, ha ido incorporando las aportaciones teóricas de las corrientes feministas ya comentadas.

2.3. Los Derechos Humanos de las Mujeres: Panorámica Evolutiva.

El reconocimiento formal, en la esfera jurídica internacional, de una serie de derechos cuyo titular es el ser humano y cuyo basamento lo constituye su dignidad como ente racional, se materializa, indiscutiblemente, con la adopción de la Resolución 217 A (III) por la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁵⁸.

³⁵⁷ EDWARDS, Alice, *op. cit.*, p. 86.

³⁵⁸ La fecha de adopción de dicho documento fue el 10 de diciembre de 1948.

La Declaración no es un instrumento de naturaleza convencional³⁵⁹. Sin embargo, por tratarse de la codificación primaria de los derechos humanos en el ámbito internacional³⁶⁰, se constituye en la base del llamado “International Bill of Human Rights”³⁶¹.

En la Declaración se encuentra, sin lugar a dudas, el origen del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues a partir de su adopción por el órgano plenario de las Naciones Unidas, se generó el fenómeno que la doctrina conoce con el apelativo de *universalización* de los Derechos Humanos³⁶² y que, en opinión de Meron, “[...] has not remained confined to one sector of international law [...]”³⁶³, por lo que estamos frente a una verdadera “revolución” del orden jurídico de la Comunidad Internacional.

El contenido de la Declaración, como es bien sabido, codifica el ideal de la Comunidad Internacional a fin de que sus integrantes “[...] aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, [el] reconocimiento y aplicación universales y efectivos [de los derechos humanos], tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”³⁶⁴.

El contexto normativo en que se adopta la Declaración de 1948 es el que determina la Carta de San Francisco de 1945³⁶⁵, instrumento convencional que

³⁵⁹ Pues carece de los elementos que son propios de los tratados internacionales, a saber, los que especifica el artículo 2.1 a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 27 de mayo de 1969, así como el artículo 2.1 a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. En esencia, ambas disposiciones prevén el acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional –Estados u Organizaciones Internacionales–, por escrito, ya conste en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación, que genere derechos y obligaciones internacionales y que esté regulado por el ordenamiento jurídico internacional. A mayor abundamiento, *vid.*, por todos, DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain, *Droit International Public*, 6e. Édition, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 117-121.

³⁶⁰ Como bien señaló Meron en el Curso General de Derecho Internacional Público que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el verano de 2003, la novedad que aporta el fenómeno de la universalización de los Derechos Humanos, radica, precisamente, en que “[...] instead of being only a part of natural law and internal law, human rights have now been accepted as a part of international law”. MERON, Theodor, “International Law in the Age of Human Rights”, en *Recueil des Cours*, Tome 301 (2003), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, p. 21.

³⁶¹ REHMAN, Javaid, *International Human Rights Law*, Second Edition, Longman, Essex, 2010, pp. 75-83.

³⁶² *Cfr., inter alia*, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 27, 47-48.

³⁶³ MERON, Theodor, *op. cit.*, p. 22.

³⁶⁴ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *in fine*.

³⁶⁵ Carta de las Naciones Unidas, abierta a la firma en San Francisco, Estados Unidos de Norteamérica, el 26 de junio de 1945.

establece la Organización de Naciones Unidas, estructura institucional de vocación plenamente universal.

Ya la Carta de San Francisco, en su Preámbulo, había reiterado la “fe de los pueblos de las Naciones Unidas [...] en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]”³⁶⁶.

De igual forma, siguiendo el modelo de la Carta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos incorpora la manifestación de “[...] fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]”³⁶⁷.

Puede apreciarse, entonces, que ya desde los inicios de la universalización de los Derechos Humanos, tanto en su incorporación a los textos fundacionales de naturaleza específicamente institucional³⁶⁸, como en la dimensión propiamente eidética³⁶⁹, la preocupación de la Comunidad Internacional por los derechos específicos de las mujeres, aunque ello fuera inicialmente en relación con el principio de igualdad de derechos.

A la Declaración de 1948 siguió la adopción, igualmente en el contexto de las Naciones Unidas, de los Pactos Internacionales de 1966. Ambos instrumentos también recogen manifestaciones expresas a favor de la mujer.

En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³⁷⁰ hace énfasis en que la base de los derechos humanos se constituye por “[...] el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana [...]”³⁷¹, y que ello hace que los derechos enlistados en el instrumento convencional sean “[...] *iguales e inalienables* [...]”³⁷².

El mismo Pacto, ya en el *corpus*, subraya que los derechos contenidos en su texto, serán garantizados por los Estados Parte *sin distinción de sexo*³⁷³.

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷⁴, también hace referencia a los derechos de la mujer al

³⁶⁶ Segundo párrafo del preámbulo.

³⁶⁷ Quinto párrafo de la Declaración de 1948.

³⁶⁸ En el mismo texto que crea la Organización de las Naciones Unidas, es decir, en la Carta de San Francisco de 1945.

³⁶⁹ Como lo fue su incorporación en el preámbulo mismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945.

³⁷⁰ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, habiendo entrado en vigor el 23 de marzo de 1976.

³⁷¹ Primer párrafo del preámbulo.

³⁷² *Idem*, las cursivas son propias.

³⁷³ *Cfr.* artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

³⁷⁴ Adoptado el 16 de diciembre de 1966; su inicio de vigencia se corresponde al 3 de enero de 1976.

enunciar, en primer lugar, que “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna* por motivos de [...] sexo [...]”³⁷⁵. En el mismo documento, ya de manera expresa, se destaca el compromiso de las partes contratantes en “[...] asegurar a los hombres y a las *mujeres igual título a gozar de todos los derechos* económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”³⁷⁶.

Sin negar la trascendencia de los textos convencionales anteriormente mencionados, y a la luz de las posturas teóricas feministas que enfáticamente destacaron que no bastaba la codificación de los derechos humanos *in genere*³⁷⁷, la cuestión que se puso en el debate fue la exigencia de instrumentos que realmente previeran “[...] the type of special protection women need by virtue of the different nature of their body and reproductive functions”³⁷⁸.

En tal virtud, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta, en 1967, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁷⁹. Si bien se trata de un documento no convencional –y por lo tanto, carente de vinculatoriedad en el marco de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986³⁸⁰–, su importancia es clave para entender el posterior desarrollo normativo que ha tenido lugar en la esfera internacional.

La Declaración toma como principio toral la dignidad humana, afirmando que “[L]a discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta [...]”³⁸¹. A partir de tal aseveración, establece, como pautas a seguir por los Estados, la incorporación, en sede constitucional, de la igualdad entre el varón y la mujer, así como la ratificación e implementación –lo más rápidamente posible– de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y la participación en los organismos especializados en dicha temática³⁸².

³⁷⁵ Cfr. artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El énfasis es añadido.

³⁷⁶ Cfr. artículo 3. Énfasis añadido.

³⁷⁷ Cfr. *ut supra* apartado 2 de este capítulo, especialmente los acápites 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4.

³⁷⁸ FRASER, Arvonne, *Becoming Human: The Origins and Development of Women's Human Rights*, John Hopkins University Press, Maryland, 1999, p. 5.

³⁷⁹ Resolución 2263 (XXII), de fecha 7 de noviembre de 1967.

³⁸⁰ Que regulan el régimen de los tratados internacionales celebrados entre Estados, así como entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, respectivamente.

³⁸¹ Artículo 1 de la Declaración.

³⁸² Artículo 2, incisos a) y b) de la Declaración.

La Declaración de 1967 también enfatiza que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, especialmente las de carácter legislativo –aunque no se descartan las de distinta naturaleza–, a fin de orientar las políticas públicas en materia educativa³⁸³, otorgar a las mujeres participación en la vida política³⁸⁴, evitar discriminación en cuestiones de nacionalidad³⁸⁵, estado civil³⁸⁶ y matrimonio³⁸⁷. Se exhorta, además a que los Estados legislen prohibiendo la prostitución y la trata de mujeres³⁸⁸, así como deroguen las disposiciones penales que sean fuente de discriminación contra éstas³⁸⁹. Tampoco se soslayan las cuestiones de tipo laboral, tales como el acceso, sin discriminación y en condiciones de igualdad para la mujer, al trabajo digno, al salario y a las demás prestaciones propias de este ámbito³⁹⁰.

Finalmente, no puede pasar desapercibida la disposición de la Declaración de que la aplicación del principio de igualdad de derechos entre el varón y la mujer sea conforme lo prevén tanto la Carta de San Francisco de 1945, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³⁹¹.

A partir de la adopción de este trascendental documento, puede considerarse el establecimiento de la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres, como la primera acción institucional de relevancia internacional en el contexto de la identificación de los derechos humanos específicos de la mujer.

Fue precisamente a iniciativa de las Naciones Unidas que se creó este órgano³⁹², dependiente del Consejo Económico y Social, con el mandato concreto de implementar las disposiciones que en dicho instrumento convencional se prevén en relación con el avance y mejoría de las mujeres.

Todavía activa, la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres³⁹³ cuenta con la División para el Avance de las Mujeres³⁹⁴, unidad de carácter administrativo

³⁸³ Artículos 3 y 9 de la Declaración.

³⁸⁴ Artículo 4 de la Declaración.

³⁸⁵ Artículo 5 de la Declaración.

³⁸⁶ Artículo 6 de la Declaración.

³⁸⁷ Artículo 7 de la Declaración.

³⁸⁸ *Cfr.* artículo 8 de la Declaración.

³⁸⁹ *Idem.*

³⁹⁰ *Cfr.* artículo 10 de la Declaración.

³⁹¹ *Cfr.* artículo 11.1 de la Declaración.

³⁹² Al que se denomina como “órgano funcional”.

³⁹³ *Vid.* la página web <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/index.html> [accesada el 5 de enero de 2012].

³⁹⁴ *Vid.* la página web <http://www.unwomen.org/> [accesada el 7 de enero de 2012].

que, sin embargo, ha ocupado un papel central en el desarrollo de la normatividad en vigencia que pretende reconocer los derechos específicos de las mujeres e implementar las condiciones necesarias para lograr políticas públicas con perspectiva de género, que garanticen la plena igualdad y la no discriminación.

En la esfera convencional, debe señalarse que, previamente a la adopción, en 1979, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³⁹⁵, fueron firmados y ratificados una serie de tratados que incorporan diversas disposiciones que abordan derechos de grupos específicos, como es el de las mujeres. Inclusive *a posteriori*, se han negociado, firmado y entrado en vigor, instrumentos convencionales cuyo ámbito *ratione personae* abarca a las mujeres, pues se les considera un grupo en situación de extrema vulnerabilidad, cuyos derechos deben ser objeto de especial atención y, por supuesto, protección.

Así, en orden cronológico, y por lo que respecta a los tratados anteriores a 1979³⁹⁶, pueden mencionarse tanto la Convención Relativa al Estatus de los Refugiados de 1951³⁹⁷, como la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965³⁹⁸.

En cuanto al primer instrumento mencionado, se dispone que los Estados Parte concederán a todos los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio, el mismo trato que a los nacionales en una diversidad de aspectos, entre los que destaca el trabajo de las mujeres³⁹⁹.

En relación con el segundo tratado, ya su preámbulo dispone que los Estados Parte “[...] se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente [...] para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el *respeto universal y efectivo de los derechos*

³⁹⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. El inicio de vigencia de este instrumento fue el 3 de septiembre de 1981.

³⁹⁶ Fecha de adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

³⁹⁷ Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entró en vigor el 22 de abril de 1954.

³⁹⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2106 A (XX), de fecha 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

³⁹⁹ *Cfr.* artículo 24.1 a).

*humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de [...] sexo [...]*⁴⁰⁰.

Si bien dicho instrumento fundamenta la asunción de los compromisos y obligaciones internacionales que el mismo se codifican en los principios de “[...] la dignidad y de la igualdad inherentes a todos los seres humanos [...]⁴⁰¹, no debe soslayarse que la discriminación que prohíbe es de naturaleza racial⁴⁰², y no la basada en otros criterios, como la de género o sexo, objeto de este análisis. No obstante, cabe destacar que, en numerosos supuestos de discriminación, a la diferenciación por cuestiones de origen racial, se añade la motivada por cuestiones de género, y ello aumenta la carga desigual que deben soportar las mujeres, doblemente discriminadas, por su condición racial y por su condición femenina.

Con posterioridad a la adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se promovió la celebración de otros instrumentos internacionales que, si bien no tratan directamente la problemática de la desigualdad, la discriminación y la violencia contra las mujeres, su ámbito *ratione materiae* contempla aspectos directamente relacionados con este grupo vulnerable.

De tales documentos, conviene destacar dos, por su evidente relevancia en la esfera internacional y por ser verdaderos hitos en el desarrollo y perfeccionamiento de las respuestas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a aspectos concretos y específicos que debían ser tratados con mayor rigor.

En primer término, debe mencionarse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984⁴⁰³; en segundo lugar, está la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ El énfasis es añadido.

⁴⁰¹ *Cfr.* el Preámbulo, *ab initio*.

⁴⁰² La definición convencional que ofrece el artículo 1 de la propia Convención no deja lugar a dudas cuando estipula que “[...] la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

⁴⁰³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984, iniciando su vigencia el 26 de junio de 1987.

⁴⁰⁴ Adoptada el 20 de noviembre de 1989.

En lo que concierne al primero de los instrumentos convencionales mencionados, el lenguaje es totalmente neutro, es decir, las referencias son a la “persona”⁴⁰⁵ o al “funcionario”⁴⁰⁶, no hay disposiciones expresas a la mujer, o a las mujeres. Como se recordará, esta Convención es uno de los casos empleados por el feminismo deconstructivista⁴⁰⁷ para criticar la eficacia de la terminología que *prima facie* es neutra, pero cuyos resultados son, más bien, de incidencia discriminatoria, pues al no distinguir, permiten que la carga soportada por ciertos grupos en estado de vulnerabilidad –como es el caso de las mujeres– se incremente notablemente⁴⁰⁸.

Por lo que corresponde al segundo de los tratados, es indiscutible que la Convención de los Derechos del Niño, representa un avance, no sólo por el cambio en la terminología usada en el texto ⁴⁰⁹, sino, además, por las determinaciones que los Estados Parte se comprometen a cumplir en relación con las niñas.

El Preámbulo de la Convención hace ya la referencia explícita que los derechos humanos deben disfrutarse sin ningún tipo de distinción, abarcando la que pudiera generarse por cuestión de sexo⁴¹⁰.

Tal mandato se reitera en la primera parte del texto convencional, donde se enuncia que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna [...] independientemente de [...], el sexo [...]”⁴¹¹.

Asimismo, en el apartado correspondiente a las obligaciones que asumen los Estados Parte de la Convención en el ámbito de la educación que se debe proporcionar a los menores de edad, se dispone que ésta buscará, *inter alia*, “[P]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, *igualdad de los sexos* [...]”⁴¹².

⁴⁰⁵ Cfr., *ad ex.*, el Preámbulo, así como los artículos 1, 3, 4, 6, 7, 10, 11, 13, 14 y 16, entre otros.

⁴⁰⁶ Cfr., *inter alia*, los artículos 1, 2, 10 y 16.

⁴⁰⁷ Vid. *ut supra* apartado 2.1.2.

⁴⁰⁸ EDWARDS, *op. cit.*, p. 51. Sobre todo, hay que señalar la propia definición de tortura que ofrece el texto convencional.

⁴⁰⁹ No deja de llamar la atención en este punto, la traducción al español que se hace del nombre de la Convención, pues el documento oficial en lengua inglesa emplea el término “child” –más bien neutro, puesto que abarca ambos sexos–, que es modificado por el texto español por “niño”, adoptando una perspectiva no tan incluyente ni igualitaria, como hubiera sido lo deseable.

⁴¹⁰ Cfr. párrafo Tercero del Preámbulo.

⁴¹¹ Cfr. artículo 2.1 de la Convención.

⁴¹² Cfr. artículo 29.1 d) de la Convención. Énfasis añadido.

De igual manera por lo que corresponde al compromiso estatal de asegurar “[...] en condiciones de igualdad [...]”, tanto el derecho como la participación de los menores en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento⁴¹³.

Por otro lado, tampoco debe olvidarse la creación de órganos internacionales cuya específica misión es la de verificar que los derechos de las mujeres sean reconocidos, respetados e implementados a nivel universal.

Así, en el panorama internacional institucional destaca, por su evidente relevancia, el Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer⁴¹⁴, órgano creado por mandato de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

En efecto, con “[...] el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación [...]”⁴¹⁵ de las diferentes obligaciones asumidas por los Estados Parte en este instrumento convencional, se determinó que dicho órgano, integrado por expertos de gran prestigio moral y competencia en los diversos aspectos que comprende el tratado⁴¹⁶, examinase los informes que anualmente deben presentar los Estados done indiquen todas y cada una de las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, adoptadas para implementar los mandatos previstos por la Convención⁴¹⁷.

A través de las recomendaciones generales⁴¹⁸ que presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴¹⁹, el Comité ha desarrollado una impresionante labor, prestando especial atención a las áreas donde considera que debe ponerse énfasis a fin de cumplir con la implementación de las obligaciones asumidas por los Estados Parte.

En síntesis, puede afirmarse con Mayersfeld, que los instrumentos convencionales y los órganos creados para verificar el cumplimiento de los

⁴¹³ Cfr. artículo 31.2 de la Convención.

⁴¹⁴ Vid. La página web en el siguiente vínculo <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/index.htm> [accesada el 16 de marzo de 2012].

⁴¹⁵ Cfr. artículo 17 de la Convención.

⁴¹⁶ En número de veintitrés.

⁴¹⁷ Cfr. artículo 18.1 de la Convención.

⁴¹⁸ Las 28 recomendaciones generales del Comité están disponibles, en línea, en la siguiente página web <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> [accesada el 16 de marzo de 2012].

⁴¹⁹ Por conducto del Consejo Económico y Social, según lo dispone el artículo 21.1 de la propia Convención de 1979.

mandatos convencionales han abordado una amplia serie de temas relacionados con el avance de los derechos de la mujer, teniendo diferentes grados de éxito⁴²⁰.

La violencia contra la mujer, de manera específica la que tiene lugar en el ámbito doméstico, ha sido uno de tales aspectos.

La cuestión que en los siguientes párrafos se discutirá es, precisamente, si la evolución y el *status quo* de dicho problema reviste en el orden jurídico internacional, puede considerarse exitoso, o si, por el contrario, aún no ha se ha consolidado como exigencia que debe ser prevenida y erradicada empleando los instrumentos y mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Público.

2.4. El Fenómeno de la Violencia contra la Mujer en el Orden Jurídico Internacional. Breve Panorama de la Evolución de sus Fuentes.

La preocupación de la Comunidad Internacional en identificar, preservar e implementar los derechos humanos específicos contenidos en la esfera jurídica propia de la mujer, no sólo se ha limitado a las cuestiones de igualdad y equidad de género, o la prohibición de discriminación.

El relevante tema de la violencia contra las mujeres ha sido puesto en el centro del debate jurídico internacional, por lo menos desde la década de los setenta⁴²¹.

Así, el Plan de Acción Mundial adoptado en la Conferencia sobre la Mujer de 1975⁴²², llama la atención de los Estados participantes en la necesidad de asegurar que todos y cada uno de los integrantes de las familias gocen de trato digno, igualitario y seguro.

El Plan tuvo como contexto la Declaración de México sobre la Igualdad de la Mujer y su Contribución al Desarrollo y a la Paz⁴²³, cuyos 30 principios constituyen la base de lo que posteriormente se codificaría en la Convención de

⁴²⁰ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 18.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² Celebrada en la ciudad de México, coincidió no sólo con el Año Internacional de la Mujer [proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 3010 (XXVII), de fecha 18 de diciembre de 1972], sino, además, se desarrolló teniendo como marco la determinación, por parte de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, de la “Década de las Mujeres”, cuyo inicio se verificó en ese mismo año y concluyó en 1985. *Vid.* la página web http://www.5wwc.org/conference_background/1975_WCW.html [accesada el 6 de abril de 2012].

⁴²³ UN Documents E/Conf.66/34, de 2 de julio de 1975.

1979 y que ofrecen una especie de agenda para la eficaz implementación del ya mencionado Plan de Acción.

El preámbulo de la Declaración destaca que las opresivas condiciones en que viven las mujeres no puede considerarse de manera aislada, sino que es un problema que afecta a la sociedad en su conjunto⁴²⁴. Reconoce, además, la participación de la mujer a lo largo de la historia de la humanidad y su decisiva intervención en las sucesivas luchas a favor de la libertad y del cambio de estructuras más justas y acordes a las necesidades de los pueblos⁴²⁵ y, después de reafirmar la exigencia que “[...] women and men of all countries should have equal rights and duties and that it is the task of all States to create the necessary conditions for the attainment and the exercise thereof [...]”⁴²⁶, señala que no obstante las diferencias existentes, las mujeres de todo el mundo “[...] share the *painful experience* of receiving or having received unequal treatment, and that as their awareness of this phenomenon increases they will become natural allies in the struggle against any form of oppression [...]”⁴²⁷.

La expresión “experiencia dolorosa” constituye referencia inevitable al fenómeno de la violencia que experimentan las mujeres, pues la negación de trato igual, la discriminación y el sometimiento de la que son constantemente víctimas manifiestan una realidad insoslayable que el orden jurídico internacional empieza a tomar en consideración.

En efecto, la Declaración también subraya que uno de los objetivos de la educación social es el respeto –irrestringido– a la integridad física y, por ende, “[T]he human body, whether that of woman or man, is *inviolable* and *respect* for it is a *fundamental element of human dignity and freedom*”⁴²⁸. Tal mención posee una trascendencia innegable, pues aunque sólo hace referencia a la violencia de tipo “físico” o “corporal”⁴²⁹ –y además abarca tanto al varón como a la mujer–, constituye un antecedente fundamental en el contexto de la paulatina

⁴²⁴ Primer Párrafo.

⁴²⁵ Cfr. párrafo Octavo.

⁴²⁶ Párrafo décimo.

⁴²⁷ Párrafo undécimo. Cursivas añadidas.

⁴²⁸ Cfr. principio 11.

⁴²⁹ Recuérdese que la violencia es un fenómeno multimodal, es decir, se manifiesta en diversas formas, modos y medios, no únicamente en la esfera física o corporal.

incidencia⁴³⁰ del orden jurídico internacional en el ámbito “interno” –o “privado”, como anteriormente se consideraba–.

Asimismo, conviene resaltar la redacción de la propia Declaración en el sentido que reclama la unión de las mujeres a fin de “[...] eliminate violations of human rights committed against women and girls such as: rape, prostitution, physical assault, mental cruelty, child marriage, forced marriage and marriage as a commercial transaction [...]”⁴³¹, es decir, todos ellos supuestos de violencia cuyos efectos son, sin lugar a duda, conductas que afectan el goce y disfrute de los derechos humanos de quienes integran este grupo humano en especial estado de vulnerabilidad. Aunque ciertamente no basta la unión entre las mujeres para erradicar y prevenir, en la esfera internacional, el fenómeno de la violencia, no deja de ser *conditio sine qua non* para la eficacia *ad intra* de los mecanismos jurídicos que proporciona el orden jurídico de la Comunidad Internacional.

En este sentido, la responsabilidad que tiene el Estado, en la esfera externa, asume perfiles más definidos. La Declaración de 1975 indica que los entes soberanos tienen el deber de “[...] create the necessary facilities so that women may be integrated into society [...]”⁴³², pues los objetivos previstos en este documento internacional sólo pueden ser materializados –sigue indicando⁴³³– en una Comunidad Internacional en la desplieguen plenamente sus efectos los principios del Derecho Internacional que rigen las relaciones entre los Estados⁴³⁴.

De manera concreta, el fin último de las medidas y mecanismos, acciones y determinaciones enumeradas en la Declaración es que los varones, las mujeres y los niños y niñas “[...] can live in dignity, freedom, justice and prosperity”⁴³⁵, constituyendo una sociedad justa.

En este *momentum* histórico tiene lugar la adopción del más importante instrumento convencional en materia de derechos humanos de la mujer. En efecto, en el último mes de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁴³⁰ En sentido de “codificación”.

⁴³¹ Principio 28.

⁴³² *Cfr.* principio 3.

⁴³³ *Cfr.* los principios 23 y 24, especialmente el primero de los mencionados.

⁴³⁴ *Cfr.* la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 24 de octubre de 1970.

⁴³⁵ *Cfr.* punto Conclusivo 3.

adopta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴³⁶.

Considerado como el “Bill of Rights” que codifica los derechos humanos de las mujeres⁴³⁷, este relevante texto convencional se constituye como un “[...] key international human rights instrument and the only one exclusively addressed to women”⁴³⁸. En efecto, el ámbito *ratione materiae* de la Convención⁴³⁹ abarca, a través de la codificación de los derechos humanos específicos de la mujer, la prohibición general de todas las formas de discriminación contra las integrantes de este grupo vulnerable⁴⁴⁰. Aunque, cabe observar, se trata de una codificación *abierta* y no limitada, tal como lo prevé el propio texto convencional⁴⁴¹.

La Convención establece, con absoluta claridad, la obligación de los Estados en garantizar la igualdad del varón y la mujer en el goce y disfrute de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos⁴⁴², señalando que un grave obstáculo para ello es la discriminación que afecta especialmente a las mujeres, pues “[...] viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, [detiene] el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, y [...] entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”⁴⁴³.

En el contexto doméstico –entendiéndose por ello el ámbito familiar–, la Convención reconoce la destacada –y no reconocida– participación de la mujer para lograr el bienestar del núcleo primario de la sociedad⁴⁴⁴. Condicionante para

⁴³⁶ Adoptada el 18 de diciembre de 1979 1249 UNTS 13, UN Doc A/RES/34/830.

⁴³⁷ En palabras de Kofi Annan, antiguo Secretario General de las Naciones Unidas, la Convención se constituye en una verdadera “piedra angular” del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, pues “[...] reflects the principle of universal and indivisible rights shared by all nations, foreign to no culture and common to both genders”. Cfr. INTER-PARLIAMENTARY UNION, *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its Optional Protocol. Handbook for Parliamentarians*, United Nations, Switzerland, 2003, p. 10.

⁴³⁸ CHINKIN, Christine y FREEMAN, Marsha A., “Introduction”, en FREEMAN, Marsha A. *et al.*, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 2.

⁴³⁹ Comúnmente conocida por su acrónimo en lengua inglesa, CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women).

⁴⁴⁰ Cfr. artículo 2 de la Convención, primer párrafo, de la Convención.

⁴⁴¹ CHINKIN y FREEMAN destacan que “The Convention [...] is not limited to the specific fields spelled out within it”. Cfr. CHINKIN, Christine y FREEMAN, Marsha A., “Introduction”, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁴² Cfr. párrafo Tercero del Preámbulo de la Convención.

⁴⁴³ Cfr. párrafo Séptimo del Preámbulo de la Convención.

⁴⁴⁴ Cfr. párrafo Décimo Tercero del Preámbulo de la Convención.

lograr la plena igualdad entre el varón y la mujer es, precisamente, la modificación de las responsabilidades y funciones que tradicionalmente han desarrollado los integrantes del núcleo familiar⁴⁴⁵.

Aspecto que no debe soslayarse es la definición convencional de discriminación, que incorpora todo tipo de conducta que pretenda o resulte en “[...] menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera”⁴⁴⁶.

Aunque no aborda el problema específico de la violencia familiar⁴⁴⁷ —de hecho, en ninguna parte del texto aparece dicho término—, la Convención genera la obligación de los Estados Parte de la misma para “[a]doptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”⁴⁴⁸. Tal mandato será la base para posteriores desarrollos normativos en la esfera internacional que permitirán, como se verá más adelante, el surgimiento del principio internacional, de carácter vinculante, que prohíbe no sólo la discriminación *in genere* contra la mujer, sino, además, la discriminación manifestada por todas las conductas que violenten a la mujer en el ámbito doméstico.

Por su parte, las Conferencias Mundiales sobre la Mujer de Copenhagen⁴⁴⁹ y Nairobi han abordado, en sus documentos conclusivos, el fenómeno de la violencia contra las mujeres, y de manera específica la que tiene verificativo en el ámbito doméstico.

Así, por lo que corresponde a la Segunda Conferencia, que tuvo lugar en 1980⁴⁵⁰, es de señalar el punto cinco del primer capítulo —que recoge las decisiones emanadas de la Conferencia—, dedicado al tema “Battered Women and Violence in the Family”⁴⁵¹, cuya redacción califica dicho fenómeno, de

⁴⁴⁵ Cfr. párrafo Décimo Cuarto del Preámbulo de la Convención.

⁴⁴⁶ Cfr. artículo 1 de la Convención.

⁴⁴⁷ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁴⁸ Cfr. artículo 2 b) de la Convención.

⁴⁴⁹ Cfr. UN A/Res/30/3520, que contiene la Resolución 3520 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 15 de diciembre de 1975, en la que se acordó por el órgano plenario de dicha organización universal convocar a la segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, de manera especial el punto 20.

⁴⁵⁰ Denominada oficialmente “Conferencia Mundial de la Década de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz”, se verificó en Copenhagen, del 14 al 30 de julio de 1980.

⁴⁵¹ UN A/Conf. 94/35, pp. 67-68.

manera enfática, como “[...] intolerable offence to the dignity of human beings as well as a grave problem to the physical and mental health of family as well as for society”⁴⁵².

La violencia familiar se aborda de manera particular⁴⁵³, siendo la primera ocasión en que dicho tema se menciona en la documentación oficial de las Naciones Unidas⁴⁵⁴, destacando su especial gravedad y la diversidad de causas que confluyen para que se genere⁴⁵⁵, ocasionando situaciones verdaderamente insostenibles para las familias y la sociedad.

De ahí que se convoque a los Estados Parte de esta Organización de carácter universal, a que adopten medidas de carácter legislativo a fin de prevenir la violencia familiar⁴⁵⁶ contra las mujeres.

En cuanto a la Conferencia Mundial de Nairobi⁴⁵⁷, ésta implicó “[...] a new and expanded analysis of women’s issues, broadening the framing of women’s concerns and providing the first world consensus on a Plan for Action known as the Forward-Looking Strategies for the Advancement of Women”⁴⁵⁸. Dicho documento prevé una serie de acciones y medidas que tuvieron por objeto superar los obstáculos para que los objetivos de la Década de las Naciones Unidas de la Mujer pudieran ser concretados⁴⁵⁹.

En este contexto, conviene destacar una serie de menciones que se hacen, en torno a la violencia contra las mujeres, en el documento final que recoge las conclusiones, declaraciones, acciones y medidas adoptadas por los participantes en la Conferencia de Nairobi⁴⁶⁰.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 67.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ *Cfr.* “2nd. World Conference on Women, Copenhagen 1980. Resolution 35/136 – World Conference of the United Nations Decade for Women (Adopted on 11 December 1980 by the General Assembly at its 35th session)”, en línea, disponible en la página web <http://www.choike.org/2009/eng/informes/1454.html> [accesada el 23 de febrero de 2012].

⁴⁵⁵ El texto menciona, *inter alia*, “[...] geographic or social isolation, financial difficulties, irregular employment, alcohol or drug abuse and low-self esteem”. *Cfr. idem*.

⁴⁵⁶ También se hace referencia a la violencia de tipo sexual.

⁴⁵⁷ Verificada del 15 al 26 de junio de 1985.

⁴⁵⁸ AFRICAN WOMAN AND CHILD FEATURE SERVICE *et al.* (comp.), *Nairobi+21. Commemorating the Third UN World Conference on Women*, 2007, p. 5.

⁴⁵⁹ Los objetivos mencionados fueron la igualdad, el desarrollo y la paz. *Cfr. ut supra* nota 189.

⁴⁶⁰ A/CONF.116/28/Rev.1 *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace. Nairobi, 15-26 July 1985*, en línea, disponible en la página web http://www.5wwc.org/downloads/Report_of_WCW-1985.pdf [accesada el 23 de febrero de 2012].

En primer lugar, se afirma *expressis verbis* que la violencia contra la mujer es una realidad insoslayable en todas las sociedades humanas, que asume varias formas ⁴⁶¹. Además, “[S]uch violence is a *major obstacle* to the achievement of peace and the other objectives of the Decade and *should be given special attention*”⁴⁶².

A fin de brindar la atención y debida asistencia que requieren las mujeres que son víctimas de este fenómeno, el Informe de Nairobi indica que es necesaria la formulación de medidas legislativas que eviten la violencia y posibiliten el cuidado para aquellas mujeres afectadas por dichos actos⁴⁶³. De manera especial, se enfatiza que “[P]reventive policies should be elaborated, and institutionalized forms of assistance to women victims provided”⁴⁶⁴.

En segundo lugar, se declara que las mujeres tienen el derecho –así como el deber– de luchar contra el fenómeno de la violencia, que no debe verse como un “fenómeno incurable”, sino una problemática respecto de la cual, los gobiernos deben adoptar medidas urgentes, así como “[...] long-term supportive machineries of aid and guidance for maltreated women and children, as well as the people, often men, who maltreat them”⁴⁶⁵.

No deja de llamar la atención que el Informe de Nairobi exhorta a los Estados a tratar, de la manera más adecuada y eficaz posible, tanto a las mujeres víctimas de la violencia que se desarrolla en el ámbito familiar –en el sentido de doméstico– sino, también, a los varones que ejercen los actos violentos, ello con la finalidad de prevención del fenómeno que afecta a la mujer y, además, a todo el entorno de la comunidad familiar y, en extensión y alcance, a toda la sociedad en general.

El Informe especifica, con toda claridad, y en reiteración de la línea abierta por las conclusiones y recomendaciones de las Conferencias de México y Copenhague, que los gobiernos deben garantizar a las mujeres el pleno goce y disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales; eliminando todas

⁴⁶¹ Cfr. párrafo 258 del Informe.

⁴⁶² *Idem*. Énfasis añadido.

⁴⁶³ Cfr. párrafo 231 del Informe.

⁴⁶⁴ Cfr. párrafo 258 del Informe.

⁴⁶⁵ Cfr. párrafo 231 del Informe.

las formas de agresión “[...] as well as domestic violence and violence against women”⁴⁶⁶.

En tercer lugar y respecto de la violencia familiar, el documento emanado de la Conferencia de 1985 determina que los Estados deben adoptar una actitud más enérgica que erradique el problema, y convoca a que “[N]ational machinery should be established to deal with the question of domestic violence”⁴⁶⁷.

De manera especial señala que se deben implementar políticas preventivas, así como formas de asistencia, tanto económica como de diversa naturaleza, para auxiliar a las mujeres que son víctimas de este tipo de violencia ejercida contra ellas, sin desconocer que también son afectados las y los menores de edad. En este sentido, se reclama también que los gobiernos prevean la asistencia jurídica gratuita que las víctimas requieran⁴⁶⁸.

En suma, el Informe aborda no sólo la violencia contra las mujeres en general, sino aspectos específicos del problema, modos concretos y grupos con características particulares de vulnerabilidad⁴⁶⁹, además de enfocar la cuestión concreta de la violencia que afecta y padece la mujer en el ámbito doméstico y familiar. Con relación a este último aspecto, que constituye el objeto de esta investigación, no debe soslayarse que Nairobi manifiesta que se trata de una problemática de “seria preocupación internacional”⁴⁷⁰.

Bajo dicha perspectiva, y en el mismo año que tuvo verificativo la Conferencia de Nairobi, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Resolución sobre la Violencia Familiar⁴⁷¹, documento de extraordinaria relevancia donde se reitera que “[...] *abuse and battery in the family are critical problems that have serious physical and psychological effects on individual family members, especially the young, and jeopardize the health and survival of the*

⁴⁶⁶ Cfr. párrafo 245 del Informe.

⁴⁶⁷ Cfr. párrafos 271 y 289 del Informe.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ *Ad ex.*, las mujeres migrantes, las mujeres jóvenes, las mujeres de la tercera edad, las mujeres refugiadas y desplazadas, las mujeres detenidas y sujetas a proceso penal y las mujeres que han sufrido abusos.

⁴⁷⁰ Cfr. UN Division for the Advancement of Women, “Information Note, United Nations Work on Violence against Women”, en línea, disponible en la siguiente página web <http://www.un.org/womenwatch/daw/news/unwvaw.html> [accesada el 25 de marzo de 2012].

⁴⁷¹ A/RES/40/36, de fecha 29 de noviembre de 1985. Énfasis añadido.

family unit”⁴⁷², así como que dicho problema adquiere diversas modalidades⁴⁷³ y tiene efectos devastadores y dañinos en el tejido social⁴⁷⁴.

El texto de la Resolución instruye, por un lado, a los organismos especializados de las Naciones Unidas a incorporar en sus agendas de trabajo, así como en las diversas actividades y reuniones internacionales, el tema de la violencia familiar⁴⁷⁵.

Por otro lado, convoca a los Estados Parte de las Naciones Unidas a que adopten todas y cada una de las medidas que sean necesarias para combatir el fenómeno de la violencia familiar y proporcionar una adecuada atención a las víctimas de dicho problema⁴⁷⁶, así como adoptar “[...] specific measures with a view to making the criminal and civil justice system more sensitive in its response to domestic violence”⁴⁷⁷.

Conviene destacar, en este sentido, que entre las diversas medidas específicas que se sugiere adopten los gobiernos estatales, está, en primerísimo lugar, la adopción de dispositivos legales en los ámbitos penal y civil que aborden de manera específica y concreta el problema de la violencia familiar⁴⁷⁸. Lo anterior no sólo por lo que corresponde a la respuesta –accesible, pronta y eficaz⁴⁷⁹– para detener el fenómeno y prevenirlo, sino, además, para brindar una adecuada protección y asistencia a las víctimas de la violencia, que no son únicamente las propias mujeres, pues también resultan afectados niñas y niños⁴⁸⁰.

Luego, entonces, puede apreciarse el emergente interés del contexto institucional internacional para que la violencia familiar trascienda la esfera jurídica propiamente interna⁴⁸¹ y desde el ámbito iusinternacionalista se implementen acciones para obligar a los Estados a “tomarse en serio” la compleja problemática de tal fenómeno.

⁴⁷² Cfr. el párrafo séptimo del preámbulo de la Declaración.

⁴⁷³ Cfr. el párrafo noveno del preámbulo de la Declaración.

⁴⁷⁴ Cfr. el párrafo octavo del preámbulo de la Declaración.

⁴⁷⁵ Cfr. los puntos 3, 4, 5 y 6 de la Declaración.

⁴⁷⁶ Cfr. el punto 2 de la Declaración.

⁴⁷⁷ Cfr. el punto 7 de la Declaración.

⁴⁷⁸ Cfr. el punto 7.a) de la Declaración.

⁴⁷⁹ Cfr. el punto 7.i) de la Declaración.

⁴⁸⁰ Cfr. el punto 7 incisos b), e), f) y g) de la Declaración.

⁴⁸¹ En sentido de “esfera jurídica privada”.

También resulta pertinente la observación de que, si bien se trata de un documento que no reviste naturaleza convencional, su adopción como acto jurídico⁴⁸² del órgano plenario de las Naciones Unidas le dota de un carácter potencialmente consuetudinario⁴⁸³, pues la Resolución 40/36 codifica, en cierta manera, la práctica estatal en la materia.

Sin embargo, como observa Meyersfeld, “[T]he Resolution laid the foundation for compelling legislative reform, but it was weak in its language [...]”⁴⁸⁴. En efecto, no puede soslayarse que la redacción del texto⁴⁸⁵ carece de la imperatividad propia de los instrumentos convencionales⁴⁸⁶. Pero ello no minimiza, en absoluto, la importancia de la Resolución, como simiente del posterior desarrollo normativo internacional en la regulación del problema.

En efecto, ya en 1986, y tomando como referencia la iniciativa planteada por la Resolución, fue convocada una reunión de alto nivel con la finalidad de estudiar y analizar posibles soluciones en la esfera internacional a la violencia familiar⁴⁸⁷.

El propósito de la reunión fue investigar la manera en que el fenómeno afecta a las mujeres víctimas de tal tipo de violencia, derivándose una serie de recomendaciones que, fundamentalmente, requirieron a los Estados Parte de las Naciones Unidas “[...] to adopt short and long-term strategies that will protect victims and to adopt preventative measures to eliminate its incidence”⁴⁸⁸.

⁴⁸² ALVAREZ, José E., *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 109 *et seq.*

⁴⁸³ No sólo como acto que codifica la materia, sino, además, por lo que se refiere a la práctica que puede cristalizar en una norma de naturaleza consuetudinaria. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego *et al.*, *op. cit.*, pp. 193-213.

⁴⁸⁴ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸⁵ Meyersfeld lo adjetiva como “invitation and suggestive”. *Cfr. idem.*

⁴⁸⁶ Como señala la definición de tratado internacional que recoge el artículo 2.1 a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados de 27 de mayo de 1969, elemento esencial de las normas convencionales es la creación de derechos y obligaciones en la esfera internacional. De ahí, entonces, que el texto del tratado no pueda dejar lugar a dudas respecto de la obligatoriedad-imperatividad – entendiéndose por dicho término vinculatoriedad jurídica– de las disposiciones en él contenidas. VILLINGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, pp. 77-78. *Vid.*, también, GAUTIER, Philippe, “Article 2 Convention of 1969”, en CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (ed.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 43-45. El autor indica que debe existir un “minimum legal content”, pues de otra manera, el tratado “[...] would appear meaningless”, *ibidem*, p. 43.

⁴⁸⁷ Convocada por la Division for the Advancement of Women y la Crime Prevention and Criminal Justice Branch of the United Nations Centre for Social Development and Humanitarian Affairs.

⁴⁸⁸ *Cfr.* Womenaid International, “Penalising Domestic Violence”, en línea, disponible en la siguiente página web <http://www.womenaid.org/press/info/violence/penalisedomvio.html> [accesada el 15 de mayo de 2012].

De igual forma, en el desarrollo de las estrategias para combatir la violencia familiar a la luz de la propia Resolución 40/36, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adopta, en 1988, el documento denominado “Efforts to Eradicate Violence against Women within the Family and Society”⁴⁸⁹, por medio del cual se llamó a los Estados integrantes de dicha organización universal, a redoblar los esfuerzos tendientes a implementar las estrategias adoptadas en Nairobi.

Así, y de manera específica, el texto hace énfasis en la necesidad de que las instituciones y organizaciones, tanto públicas como privadas que tratan el problema de la violencia familiar, establezcan lazos de cooperación y colaboración con las organizaciones de naturaleza intergubernamental para determinar acciones complementarias en áreas como la justicia penal, que concreten la erradicación eficaz de la violencia doméstica⁴⁹⁰.

Un año más tarde, el Centro de Naciones Unidas para el Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios⁴⁹¹ emitió un Informe sobre la Violencia contra las Mujeres en la Familia⁴⁹².

En dicho documento se establecen cuatro factores esenciales para entender que el problema de la violencia familiar no puede permanecer como un asunto “doméstico” —es decir, “interno” o “privado”—, ajeno completamente a la preocupación de la Comunidad Internacional en su conjunto y, por supuesto, de los mecanismos jurídicos del Derecho Internacional.

El primero de dichos factores es la dimensión *internacional* del fenómeno. En efecto, como se consigna en los informes estadísticos de las Naciones Unidas, una de cada tres mujeres ha sido víctima de este tipo de violencia⁴⁹³. Tales cifras hacen que el problema adquiriera “[...] an international profile”⁴⁹⁴, y que involucre a prácticamente todos los Estados.

⁴⁸⁹ Resolución del Consejo Económico y Social 1988/27, de fecha 26 de mayo de 1988.

⁴⁹⁰ Cfr. párrafos 2 y 3 de la Resolución.

⁴⁹¹ División del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas. Hasta 1990 tenía su base en la ciudad de Viena, Austria, hasta que se decidió su traslado a las oficinas generales de la Organización en Nueva York, cambiando su denominación a la de División para la Política Social y de Desarrollo (Social Policy and Development Division). Su página web puede consultarse en la siguiente dirección: <http://social.un.org/index/> [accesada el 30 de mayo de 2012].

⁴⁹² UN Doc ST/CSDHA/2 (1989) Sales No. E.89.IV.5.

⁴⁹³ Cfr., *ad ex.*, UNFPA, *State of World Population 2005, The Promise of Equality: Gender Equity, Reproductive Health, and the Millenium Development Goals*, New York, 2005, pp. 68-70.

⁴⁹⁴ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 19.

El segundo de los factores hace referencia a que la violencia familiar es una de las causas que ocasionan mayor afectación en la salud de las mujeres, por lo que el fenómeno incide, de manera directa, con el goce y disfrute del derecho humano a la salud de quienes integran este grupo humano en posición de extrema vulnerabilidad⁴⁹⁵. No debe soslayarse, por lo tanto, este importante vínculo, pues esta modalidad de la violencia ejercida contra la mujer se configura como grave obstáculo a uno de los derechos esenciales del ser humano⁴⁹⁶.

El tercero de los factores mencionados por el Informe es el énfasis que hace en tanto que la violencia contra las mujeres en el contexto familiar se relaciona, sin lugar a dudas, con la desigualdad sistémica entre el varón y la mujer. De ahí, entonces, que el fenómeno no sea una cuestión “aislada” de la compleja y difícil situación que experimentan, cotidianamente, numerosas mujeres en el mundo.

El cuarto y último factor, aunque no por ello menos relevante, es el cambio de perspectiva que se aprecia en la redacción del Informe al acentuar la protección que debe ofrecer el orden jurídico internacional no sólo de la familia en su conjunto, sino de los integrantes de dicho núcleo, “unidad grupal natural y fundamental de la sociedad”⁴⁹⁷.

Cabe destacar la observación que hace Meyersfeld en el sentido de que no es gratuito el énfasis que pone el Informe en relación con la inclusión de la familia en la esfera protectora de los derechos humanos, pues “[...] many human rights instruments promote the protection of the family unit [...]”⁴⁹⁸, y la insoslayable posición que ocupa la familia en el contexto del orden jurídico internacional hace que los Estados se encuentren obligados a brindar la máxima defensa de tal grupo frente a cualquier injerencia e intrusión⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Cfr. UN Doc ST/CSDHA/2, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁹⁶ En efecto, el derecho a la salud se contempla en los instrumentos convencionales más importantes del orden jurídico de la Comunidad Internacional, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 [artículo 25], la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 [artículo 15 e), fracción IV], el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 [artículo 12], la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 [artículo 10 f)], el Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988 [artículo 10] y la Convención de los Derechos del Niño de 1980 [artículo 24].

⁴⁹⁷ Tal como lo menciona el artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

⁴⁹⁸ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹⁹ Baste con mencionar que los más importantes textos convencionales internacionales han incorporado a la familia en su órbita protectora, *ad ex.*, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966

La vinculación que se hace, por lo tanto, entre el orden familiar y los seres humanos que forman parte integrante del mismo, posibilita la incidencia del orden jurídico internacional a efectos de brindar la máxima protección posible a los integrantes más débiles del núcleo familiar, esencialmente las mujeres. De ahí, entonces, la configuración inicial del derecho a una vida familiar libre de violencia.

El fenómeno de la violencia familiar que se ejerce, constante y continuamente, contra las mujeres es vista por el Informe bajo una doble perspectiva. Por un lado, como discriminación contra la mujer y, por otro, como la perpetuación de la desigualdad, no sólo en el entorno de la domesticidad – que no equivale, en este sentido, a la vida privada–, sino, además, de la propia sociedad, pues la afectación de uno o varios de los integrantes de la familia, necesariamente se proyecta *ad extra*, causando inseguridad, inestabilidad y falta de orden y tranquilidad en el tejido social.

No se trata, pues, de una mera “violencia privada”, pues sus efectos se irradian a lo largo de todo el contexto social, siendo la causa primaria de violaciones más graves a los derechos humanos.

El impacto que tuvo el Informe de 1989 motivó que la Asamblea General adoptara, al año siguiente, una Resolución General sobre la Violencia Familiar⁵⁰⁰, donde reconoce que dicho fenómeno es un problema urgente, que requiere la acción concertada de todos los Estados, confirmando, de dicha forma, la dimensión internacional de dicha modalidad de violencia ejercida contra las mujeres⁵⁰¹.

La puesta en peligro de la salud de la familia, así como su propia sobrevivencia –continúa destacando la Resolución–, no pueden permanecer ajena, por lo que el documento recomienda⁵⁰² a los Estados la adopción de medidas y políticas comunes y multidisciplinarias que aborden, resuelvan y prevengan la problemática derivada de dicha forma de violencia⁵⁰³.

[artículo 17.1] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 [artículo 11.2]; sin olvidar, por supuesto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo numeral 16.3 establece “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁵⁰⁰ Resolución A/RES45/114, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

⁵⁰¹ Cfr. el Preámbulo de la Resolución, *General Assembly. Forty-fifth Session, Resolutions*, p. 210.

⁵⁰² El texto del documento emplea el término “urge”.

⁵⁰³ Cfr. párrafo 13, así como el punto 1 de la Resolución.

Entre las medidas indicadas por el texto de la Resolución 45/114, se encuentran, cabe resaltar, todas aquellas que impliquen a los sistemas de justicia penal y los aspectos jurídico, judicial y de aplicación de la ley que permitan atender el problema de manera rápida, pronta y eficaz⁵⁰⁴.

El propósito de las medidas indicadas por el documento son varias, pero en esencia pretenden la prevención del fenómeno⁵⁰⁵, el trato justo y la atención efectiva a las víctimas de la violencia familiar⁵⁰⁶, el incremento de la conciencia y sensibilidad de los operadores de los sistemas de justicia penal en relación a la problemática de este tipo de violencia⁵⁰⁷, y proporcionar el trato adecuado a los responsables de dicha conducta lesiva⁵⁰⁸.

En este sentido, la Resolución es enfática al recomendar a los Estados integrantes de las Naciones Unidas “[...] ensure that their *systems of criminal justice* and competent bodies for juveniles and their families *provide an effective and equitable response to domestic violence* and that they take appropriate steps towards achieving this goal”⁵⁰⁹.

A este respecto, la Resolución indica una serie de medidas que fomenten el intercambio de información entre los Estados Parte y los órganos de las Naciones Unidas para abordar de una manera más adecuada el problema⁵¹⁰, así como la conveniencia de que el tema de la violencia familiar se siga incluyendo en las reuniones internacionales que se convoquen, sobre todo en lo que se refiere al tratamiento del crimen y de los sujetos activos de las conductas criminógenas⁵¹¹.

Derivado del lenguaje que reclamaba la atención de toda la Comunidad Internacional respecto del problema de la violencia doméstica, el efecto más notable que tuvo la Resolución fue la “globalización” del fenómeno. En efecto, a partir de 1990 se reconoce, de manera formal, que la violencia familiar es “[...] a recognised pandemic”⁵¹².

⁵⁰⁴ *Idem*. Especialmente el punto 1 de la Resolución.

⁵⁰⁵ *Cfr.* punto 1 a) de la Resolución.

⁵⁰⁶ *Cfr.* punto 1 b) de la Resolución.

⁵⁰⁷ *Cfr.* punto 1 c) de la Resolución.

⁵⁰⁸ *Cfr.* punto 1 d) de la Resolución.

⁵⁰⁹ *Cfr.* punto 2 de la Resolución. *Cursivas añadidas*.

⁵¹⁰ *Cfr.* punto 3 de la Resolución.

⁵¹¹ *Cfr.* puntos 4, 5 y 6 de la Resolución.

⁵¹² MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 20.

En este contexto, no puede dejar de mencionarse la Recomendación General 19⁵¹³ del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵¹⁴ (en adelante Comité CEDAW⁵¹⁵).

La importancia de dicho documento es insoslayable. En primer lugar por su naturaleza jurídica específica, pues se trata de un texto normativo que forma parte del Derecho Derivado de la Organización de Naciones Unidas⁵¹⁶, con las consecuencias jurídicas que de ello se originan. En segundo lugar, refleja la progresiva codificación del problema en el contexto del orden jurídico internacional; en este caso específico, se trata de una norma de carácter consuetudinario que confirma su cristalización mediante su incorporación a la denominada “jurisprudencia” del Comité CEDAW⁵¹⁷.

Aspecto central que debe destacarse es la ampliación que hace del concepto de violencia contra la mujer, para ahora abarcar el daño de naturaleza física, psicológica y sexual, incluyendo, como lo menciona el propio texto normativo, “[...] amenazas, coerción o privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en el contexto de la vida pública o privada”⁵¹⁸.

El documento se constituye en un verdadero hito para el tratamiento de la violencia familiar que afecta a las mujeres por cuanto resalta que son éstas las que resienten, con mayor gravedad, los actos que conforman este tipo especial de violencia que se da entre los integrantes del ámbito íntimo familiar.

Asimismo, entre las medidas que la Recomendación General 19 sugiere adopten los Estados, están las reformas y adecuaciones de carácter legislativo que tengan por objeto la mejor y más adecuada protección de la mujer a fin de reducir la violencia familiar, y la capacitación de los integrantes de la judicatura en esta materia de alta sensibilidad⁵¹⁹.

En el contexto de la Quinta Conferencia Mundial sobre la Mujer⁵²⁰, auspiciada igualmente por la Organización de Naciones Unidas, y que tuvo lugar

⁵¹³ CEDAW General Recommendation 19, A/47/38 (General Comments), Violence against Women, de fecha 29 de enero de 1992, Eleventh Session, 1992.

⁵¹⁴ Creado por mandato del artículo 17.1 de la Convención.

⁵¹⁵ Puede consultarse la página web del Comité CEDAW en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm> [accesada el 3 de mayo de 2012].

⁵¹⁶ Recuérdese, al efecto, que los actos jurídicos de las Organizaciones Internacionales, así como de los diversos órganos que conforman su estructura, gozan de eficacia vinculante respecto de los Estados Parte

⁵¹⁷ MEYERSFELD, Bonita, *op. cit.*, p. 20.

⁵¹⁸ Recomendación General 19, párrafo 6.

⁵¹⁹ Recomendación General 19, párrafo 24 c).

⁵²⁰ Celebrada en Beijing, los días 4 al 15 de septiembre de 1995.

en 1995, cabe también destacar los pronunciamientos en relación con el fenómeno de la violencia contra la mujer, así como las decisiones y mecanismos adoptados para su erradicación y prevención.

El Informe de la Conferencia⁵²¹ contiene la denominada Declaración de Beijing, donde los Estados participantes reafirman su compromiso con la dignidad humana y la plena igualdad de los derechos humanos de las mujeres y de los varones⁵²², tal como se establece en una serie de instrumentos internacionales de insoslayable trascendencia⁵²³.

Si bien se reconoce avance en la implementación de los mecanismos previstos en las anteriores Conferencias Mundiales, también afirma que los avances no han sido uniformes en su alcance y extensión, persistiendo las desigualdades y los obstáculos para el efectivo desarrollo de las mujeres⁵²⁴.

En el ámbito regional, cabe destacar, por lo que corresponde al ámbito latinoamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, comúnmente denominada “Convención de Belem do Pará”⁵²⁵.

Por lo que se refiere a sus antecedentes, debe señalarse que en 1990, la Comisión Interamericana de Mujeres comenzó un proceso de consulta⁵²⁶ que tuvo como objetivo iniciar los trabajos de investigación y de propuestas para la regulación del fenómeno de la violencia contra la mujer en la región, incluyendo, por supuesto, la violencia familiar como especial forma de afectación que sufren las mujeres.

En este mismo contexto, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó, en lo que serían los primeros avances y compromisos regionales en la materia, la Declaración sobre la Erradicación de

⁵²¹ A/CONF.177/20/Rev.1., *Report of the Fourth World Conference on Women. Beijing, 4-15 September 1995*.

⁵²² *Cfr.* párrafo 8 de la Declaración, *ibidem*, p. 2.

⁵²³ La Declaración de Beijing menciona, *inter alia*, la Carta de San Francisco, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, así como la Declaración del Derecho al Desarrollo.

⁵²⁴ *Cfr.* párrafo 5 de la Declaración de Beijing.

⁵²⁵ Adoptada en la Ciudad de Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 [Ratificada por México el 26 de noviembre de 1996 (*Diario Oficial de la Federación* de fechas 12 de diciembre de 1996 y 19 de enero de 1999)].

⁵²⁶ Denominado como “Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia”.

la Violencia contra la Mujer⁵²⁷ en 1990, así como la primera resolución en la materia a la que se llamó Protección de la Mujer contra la Violencia en 1991⁵²⁸.

Ya en 1992, las conclusiones y recomendaciones de la Consulta son plasmadas en un anteproyecto de convención interamericana para luchar contra el problema de la violencia de género, que fue aprobado en la Sexta Asamblea Extraordinaria de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres (de ahora en adelante CIM) celebrada en abril de 1994. El 7 de junio del mismo año, la CIM turnó el proyecto a la Primera Comisión de la Asamblea General de la OEA, es decir, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, la que lo aprobó bajo el nombre de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Finalmente, el 9 de junio de 1994, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó, durante su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, la Convención de Belém Do Pará, en Brasil.

Ahora bien, tanto el trabajo como los resultados de la Consulta Interamericana realizada por la CIM y la propia Convención adoptada por la organización internacional de alcance regional, prepararon el camino para un cambio de actitud sobre la violencia contra la mujer y para los avances en los esfuerzos realizados tanto por la Comunidad Internacional como por la Organización de las Naciones Unidas en la lucha por erradicar este problema que constituye un obstáculo para el reconocimiento y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la mujer, y que, además, incide de manera directa en la generación del fenómeno de violencia familiar, cuyas víctimas insoslayables son, precisamente, las propias mujeres.

En este sentido, en 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer incluyó⁵²⁹, de manera formal y oficial en el contenido de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su condena a la violencia de género, pues definió lo que se entiende por violencia contra la mujer, la responsabilidad de los Estados parte en la eliminación de la misma, y las medidas jurídicas, de asistencia y de prevención que deberán ser adoptadas en cumplimiento a lo

⁵²⁷ Adoptada por la Vigésimo Quinta Asamblea de Delegadas.

⁵²⁸ Resolución AG/RES 1128 (XXI-0/91).

⁵²⁹ En la Recomendación 19, aprobada en el undécimo periodo ordinario de sesiones.

dispuesto en este instrumento internacional. Asimismo, establece que pueden presentarse como ejecutores de actos de violencia contra la mujer tanto el Estado, a través de un servidor público, como un particular, dentro o fuera de la familia.

Posteriormente, durante 1993 se retoma a la violencia de género como un objetivo fundamental a tratar por la Comunidad Internacional, razón por la que nuevamente se reconoce y declara que el ejercicio de la violencia contra la mujer es una violación a sus derechos humanos, tal como lo muestran dos instrumentos de las Naciones Unidas; el primero de ellos, aprobado durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, es la Declaración y Programa de Acción de Viena⁵³⁰ que afirma que la violencia basada en el sexo y todas las formas de explotación y hostigamiento sexual son incompatibles con la dignidad y el valor de todo ser humano por lo que se debe luchar y trabajar para eliminarlas.

Por lo que corresponde al segundo, se trata de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁵³¹, documento que nuevamente define en sus dos primeros artículos lo que se considera como violencia contra la mujer y que establece las medidas que los Estados parte deberán adoptar para lograr erradicar todas las formas de violencia de género tanto en lo público como en lo privado, incluyendo, por supuesto, la violencia familiar, o violencia que se genera en el seno familiar.

Finalmente, se organizan durante 1994 y 1995 dos reuniones internacionales cuyos resultados son fundamentales en la activación y adopción de políticas gubernamentales y de medidas legislativas, de asistencia social y de prevención en los Estados americanos, ya que se considera que la violencia contra la mujer incumbe al Estado puesto que impide el logro de los ideales constitucionales de igualdad y desarrollo de todos los ciudadanos.

La primera de las reuniones es la Reunión Regional Preparatoria de la IV Conferencia Mundial de la Mujer⁵³², en la que se comenzó a trabajar en la plataforma de acción a la que finalmente se integraron, considerando los trabajos

⁵³⁰ Aprobado el 25 de junio de 1993.

⁵³¹ Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁵³² Celebrada en Mar del Plata en septiembre de 1994.

realizados y el contenido de la Convención de Belém Do Pará, las formas de violencia de que es víctima la mujer.

Y la segunda es la IV Conferencia Mundial de la Mujer: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz⁵³³, mencionada en párrafos anteriores, que se dedica a tratar la situación de la mujer en general, abordando cuidadosamente el tema de la violencia de género como uno de los temas prioritarios, y retoma de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer la definición de violencia⁵³⁴; el objetivo fundamental de estudiar las causas y consecuencias de la violencia contra la mujer⁵³⁵, el análisis de la eficacia o las razones de inexistencia de las medidas de prevención y el estudio sobre la eficacia o creación de mecanismos de asistencia social, jurídica, laboral, etcétera, a las víctimas de violencia⁵³⁶.

Como puede apreciarse, tanto las experiencias internacional como regional interamericana hacen evidente la profunda imbricación de ambos sistemas en la materia de prevención y combate a la violencia generalizada contra la mujer, y de manera específica en lo que se refiere a la violencia familiar.

Ahora bien, es preciso destacar que la Convención de Belém do Pará ha entrado en vigor, en virtud que ha sido ratificada en los términos de las disposiciones convencionales respectivas⁵³⁷.

Los dos primeros Estados que ratificaron la Convención fueron Bolivia⁵³⁸ y Venezuela⁵³⁹; posteriormente, manifestaron su consentimiento en obligarse por los términos del tratado, Bahamas, Barbados, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, San Kitts y Nevis, Santa Lucía⁵⁴⁰; Argentina, Belice, Chile, El Salvador, Guyana, Perú, República Dominicana, St. Vincente y las Grenadinas, Trinidad y Tobago, y Uruguay lo hicieron durante 1996. Haití la ratificó en 1997.

⁵³³ Celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

⁵³⁴ Cfr. artículo 1º. de la Convención de Belém do Pará.

⁵³⁵ Cfr. artículo 8 de la Convención de Belém do Pará.

⁵³⁶ Cfr. artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

⁵³⁷ Cfr. artículo 21 de la Convención, que a la letra indica “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o [se] adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, [ésta] entrará en vigor [al] trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión”.

⁵³⁸ El 5 de diciembre de 1994.

⁵³⁹ En fecha 3 de febrero de 1995

⁵⁴⁰ Durante 1995.

México aprobó la Convención en 1998, al igual que Antigua y Barbuda. Por su parte, Grenada, Jamaica, Suriname la ratificaron ya en pleno siglo veintiuno.

El caso particular de nuestro país fue *sui generis*. Ya el 8 de junio de 1994, la delegación que representara a México en el proceso de aprobación de la Convención, hizo una declaración en el sentido de que el gobierno mexicano reconocía la importancia de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, motivo por el que ya había apoyado iniciativas de la ONU en la materia y aplicado nuevos mecanismos para la atención a víctimas, la prevención y la sanción de los actos de violencia de género; afirmando que por estas razones y por que estaba convencida de que la violencia contra la mujer representaba un problema grave y de interés mundial se manifestaba a favor de la aprobación de dicha Convención.

También observó que la Convención adolecía de falta de claridad y precisión, características indispensables para que este instrumento internacional tuviera eficacia jurídica y práctica, por lo que habría de trabajarse en estos aspectos.

Hasta el 4 de junio de 1995, con base en que la Convención no se contraponía a las leyes y políticas que sobre la mujer habían en nuestro país, y que tampoco contenía disposición alguna que atentara contra la soberanía nacional, que México firmó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

El siguiente paso fueron los trabajos realizados tanto por organismos gubernamentales como no gubernamentales en el proceso para la ratificación de la Convención, el cual ha sido largo, razón por la que sólo se mencionan los sucesos más relevantes: Se realizó una consulta entre organismos gubernamentales en el sentido de analizar la congruencia del contenido de las disposiciones de la misma y de determinar la posibilidad de alcanzar los objetivos que presenta, considerando nuestra legislación interna, claro está que para garantizar la efectividad y resultados de la consulta se debieron analizar tanto las cuestiones sociales, políticas, económicas y culturales que existen en torno a la violencia contra la mujer, como las lagunas o deficiencias normativas y administrativas sobre el particular. La consulta no podía ser negativa si se considera que el contenido de la Convención, como ya se indicó anteriormente,

forma parte de diferentes compromisos contraídos por nuestro país, tanto en reuniones como en instrumentos internacionales, y de que ya se contaba con los estudios y análisis realizados para la elaboración del Informe de México para la IV Conferencia Mundial de la Mujer.

Se organizaron diversos foros en los que participaron organizaciones civiles de mujeres y de protección de derechos humanos, organismos gubernamentales y organismos internacionales que se dieron a la tarea de demostrar su preocupación y su interés por el problema de la violencia contra la mujer, sus repercusiones sociales, su solución y su erradicación: reforzando el hecho de que la violencia contra la mujer es un asunto de interés público en el que el Estado tiene que intervenir, además de que es un fenómeno mundial.

En este marco, debe señalarse que, durante el octubre de 1996, se realiza en México el Encuentro Continental sobre Violencia Intrafamiliar⁵⁴¹, que tuvo como objetivo mostrar los avances y dificultades que en la práctica se han presentado respecto a la elaboración y aplicación de las medidas que para solucionar y erradicar el problema de la violencia intrafamiliar presenta la Convención de Belém do Pará y la conveniencia de su ratificación.

Posteriormente, y una vez concluida la consulta, en noviembre de 1996 la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Gobernación turnaron a la Cámara de Senadores copia certificada de la Convención de Belém Do Pará junto con los antecedentes internacionales y nacionales de la misma, documentos que a su vez fueron turnados a las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y a la Comisión de Derechos Humanos de la misma Cámara para la elaboración del proyecto de dictamen; el cual fue aprobado ya que respondía al interés prioritario del gobierno mexicano de atención y protección a la familia y a los derechos fundamentales de las mujeres. Posteriormente se presentó al pleno de la Cámara de Senadores el proyecto de aprobación de la Convención que fue admitido por unanimidad, razón por la que de conformidad con el artículo 89, fracción I, de la Constitución se procedió a la publicación del Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana

⁵⁴¹ Con la colaboración del Unifem, la FNUAP, la OPS, el UNICEF, la OEA, la PGJDF, la SRE, la CONAPO y organismos no gubernamentales, tales como el Grupo Plural Pro Víctimas, A. C. *Cfr.*, AA.VV., *Memorias del Encuentro Continental sobre Violencia Intrafamiliar*, UNIFEM, México, 1996.

para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará en el Diario Oficial de la Federación.

Un breve análisis del instrumento internacional regional indica que la estructura de la Convención consta de 25 artículos contenidos en cinco capítulos relativos a la definición y ámbito de aplicación, a los derechos protegidos, a los deberes de los Estados, a los mecanismos interamericanos de protección y a las disposiciones generales.

El espíritu de la Convención está dirigido a combatir la situación real de la mujer en lo referente a la práctica de actos de discriminación, desigualdad y prejuicios de los que es objeto. Refleja el trabajo de los grupos de mujeres que buscan se reconozca el uso cada vez más frecuente, grave y variado de la violencia contra la mujer, así como de las consecuencias que ésta tiene en el ejercicio de sus derechos fundamentales mismos que se encuentran reconocidos y protegidos por diversos instrumentos internacionales.

Uno de los problemas que presenta la Convención se encuentra en la amplitud de la definición de violencia contenida en los artículos 1o. y 2o., de los que se rescata que quedan prohibidos los actos u omisiones que resulten en la ejecución de conductas de violencia física, sexual o psicológica realizadas por particulares.

Inclusive en el último inciso del artículo 2o. se contempla la posibilidad de que el Estado pueda actuar como agresor al ejecutar o tolerar actos de violencia. El contenido de este precepto es impreciso, sin embargo la opinión generalizada se inclina a entender esta disposición en el sentido de que el Estado será responsable cuando en su legislación, en sus prácticas administrativas, en sus políticas sociales y en cualquiera de sus ámbitos de actuación tolere la violencia de género u omita desaparecerla o sancionarla, incluyendo aquellos actos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Ante la persistencia de costumbres, prácticas y comportamientos tolerados, de ideas religiosas y de sistemas jurídicos, sociales y económicos que atentan constantemente contra los derechos de las mujeres, ante el reconocimiento que se hace de que estos factores pueden constituir una forma de violencia de género y de que cualquier forma de violencia impide o anula el reconocimiento, ejercicio, goce y protección de tales derechos, se hace

necesario que bajo un punto de vista feminista se refuerce la cultura de respeto a los derechos humanos y se repudie la violencia de que es objeto la mujer.

Es en este sentido que en la Convención se hace tanto una enumeración de derechos a proteger, entre los más importantes la vida, la integridad física, psicológica o sexual y la protección de la familia, como una enfática declaración, contenida en su artículo 3o. y que es la esencia del capítulo II y de la propia Convención, que establece como derecho fundamental de toda mujer el acceder a una vida libre de violencia tanto en su ámbito de desarrollo privado como en el público; esto implica el respeto a su derecho a no ser objeto de discriminación, y su derecho a ser valorada y educada libre de patrones de conducta sociales y/o culturales que tengan su origen en ideas de subordinación o inferioridad.

Este último aspecto debe resaltarse, pues incide directamente en la configuración, en el ámbito interamericano, del derecho humano a una vida libre de violencia familiar, cuyos titulares no son únicamente las mujeres, sino todos aquellos integrantes del núcleo doméstico –o familiar– que también pueden verse afectados por el fenómeno de la violencia ejercida en el seno de la familia.

En efecto, si bien el contexto de validez personal de la Convención de Belém do Pará comprende las mujeres, sus efectos han irradiado a los demás grupos vulnerables a los que se hace referencia al inicio de este capítulo y que son beneficiados del efecto que genera un único derecho a la vida libre de violencia familiar.

Por lo que hace a los deberes que los Estados parte deben atender en cumplimiento a la Convención, cabe señalar que el instrumento convencional regional proporciona un marco amplio de medidas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en cualquier ámbito⁵⁴². Las disposiciones tienden a ser eficaces, ya que toman en consideración tanto los orígenes de la violencia de género como los focos de reproducción y práctica de la misma, planteando áreas específicas en las que el Estado deberá implementar medidas y mecanismos de lucha contra el fenómeno y que son las que se mencionan enseguida.

a) *Las jurídicas*. Que consisten en incluir en la legislación normas civiles, penales y administrativas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de

⁵⁴² Cfr. los artículos 7, 8 y 9 de la Convención.

género; adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectiva la Convención, y establecer las medidas legislativas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para cambiar o erradicar prácticas jurídicas o consuetudinarias que fomenten la persistencia o tolerancia de la violencia, de manera especial la violencia familiar.

b) *Las administrativas*. Consistentes en incluir las medidas apropiadas en instituciones públicas y privadas con el fin de establecer mecanismos que permitan a la mujer víctima de violencia recibir la atención y asesoría necesarias tanto desde el punto de vista de la salud como del jurídico y asistencial, y lograr así su acceso efectivo al resarcimiento o reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; adoptar medidas para modificar las prácticas consuetudinarias que permiten la existencia de la violencia contra la mujer, y por último ofrecer a la mujer víctima de violencia programas de rehabilitación que le permitan comenzar su vida y poder desarrollarse plenamente en todos los ámbitos de la misma⁵⁴³.

En el caso de México, algunas de estas medidas han ido paulatinamente reflejándose.

De manera específica, pueden mencionarse los ámbitos normativos que regulan las relaciones jurídicas de naturaleza civil y penal, así como sus respectivos cauces procesales, relativas a la violencia intrafamiliar, las medidas de protección, la reparación del daño y los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, y el de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, ley de naturaleza administrativa; que integran en un primer plano las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de ejecutar actos de violencia que atenten contra la integridad de la víctima, y en un segundo plano los procedimientos legales justos que persigan la eficacia en cuanto a la asistencia a mujeres víctimas de violencia y el acceso de ésta a los órganos e impartición de justicia.

También se refleja en la participación activa de las organizaciones civiles de mujeres por medio de su trabajo, influencia y propuestas en estos dos aspectos.

⁵⁴³ Tales medidas pueden ampliarse, en tratándose del seno doméstico o familiar, a los demás integrantes vulnerables de dicho ámbito.

c) *Las educativas.* Dirigidas a modificar el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todos los niveles del proceso educativo con el fin de eliminar prácticas consuetudinarias de subordinación o inferioridad de la mujer que son origen y alientan la violencia contra la mujer; fomentar la educación y capacitación del personal de administración de justicia, de policía, de salud y demás del sector público que tengan contacto o conozcan sobre el problema y a cuyo cargo esté la creación, modificación y aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia de género; fomentar y apoyar programas de educación gubernamental y del sector privado dirigidos a concientizar a todos los ciudadanos sobre el problema de la violencia contra la mujer y sus consecuencias sociales, jurídicas, económicas y políticas, entre otras, y ofrecer programas de capacitación que le permitan a la mujer participar plenamente en la vida pública, social y privada.

Esto llevará a que se formen nuevas generaciones en las que el ser humano se desarrolle y desenvuelva en una cultura universal de derechos humanos y en las que se construya una conciencia sobre el reconocimiento y respeto de la igualdad de condiciones en que debemos vivir todos, independientemente del sexo, de la edad o de cualquier otra característica, así como de la dignidad e integridad humanas.

d) *Las relativas a la intervención de los medios de comunicación.* Mediante políticas que los motiven a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y el respeto a los derechos humanos.

e) *Las de investigación.* Encaminadas a fomentar y garantizar la investigación, la recopilación de estadísticas y demás información sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, lo que permitirá implementar las medidas antes descritas y contar con soluciones eficaces para erradicar y prevenir la violencia de género, y a promover la realización de foros y la creación de grupos de trabajo a nivel internacional en los que se dé un intercambio de las ideas, experiencias y resultados, lo que nos llevará a la estructuración e implementación de programas y mecanismos eficaces dirigidos a proteger a la mujer de la violencia.

Por otro lado, relativo a las formas de violencia que se reconocen en la Convención y que se repudian encontramos a la violencia familiar o intrafamiliar,

como ya se indicó con anterioridad, la violación, el maltrato y el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo, en las escuelas, en los establecimientos de salud o en cualquier otro lugar.

De forma señalada, la descripción convencional de la violencia familiar enfatiza que ésta “[...] tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...]”⁵⁴⁴.

También se desprende del contenido de la Convención que la violencia puede tener como origen la discriminación racial o cultural, la calidad migratoria, la condición social o económica, la edad, el credo religioso o ideas políticas, el embarazo, la incapacidad o discapacidad, el encontrarse en un lugar en conflicto armado o la privación de la libertad, entre otros, y que las formas de violencia se amplían a la violación o incumplimiento por los Estados parte de los compromisos adquiridos tanto en reuniones regionales y universales como en instrumentos internacionales de derechos humanos y de protección a la mujer ratificados por ellos⁵⁴⁵.

Los artículos 10, 11 y 12 contenidos en el capítulo IV se refieren a los medios que garantizan la eficacia y vigencia de la protección por los Estados parte, del derecho de la mujer a poder vivir y desarrollarse libre de actos de violencia que tienen como origen su género.

Pueden mencionarse entre éstos, los informes nacionales que los Estados parte están obligados a presentar a la Comisión Interamericana de Mujeres sobre las medidas adoptadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, sobre las medidas para proporcionar atención asistencial y jurídica a la víctima, sobre los problemas de su aplicación o los factores que determinan la persistencia de una cultura de violencia hacia la mujer.

Estos informes resultan importantes respecto de los objetivos de la CIM y de la eficacia de la propia Convención si se considera que son un medio para estimular las respuestas de los Estados parte en la lucha contra este problema. También, a partir de estos informes, la CIM encuentra el fundamento para

⁵⁴⁴ Cfr. artículo 2, inciso a), de la Convención.

⁵⁴⁵ De conformidad con los artículos 5 y 9 de la Convención.

continuar e impulsar en los Estados integrantes de la OEA estudios, encuestas, análisis, foros y reuniones ya sea a nivel nacional o internacional.

Los informes que el Estado parte o inclusive los que presenten Estados que no hayan ratificado la Convención a la CIM, pueden verse nutridos por la información que las ONGs proporcionen a través de las peticiones y propuestas que hagan en los términos del artículo 12.

Asimismo, se establece la posibilidad de que ante un conflicto de interpretación de la Convención, el Estado interesado o la propia Comisión Interamericana de Mujeres pueden consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; también, esta última podrá recibir de cualquier persona, grupo de personas u organismo no gubernamental, reconocido legalmente en uno o más Estados miembros de la OEA, denuncias o quejas sobre la violación a los compromisos adquiridos por los Estados parte en los términos del artículo 7o. de la Convención.

Ciertamente mucho se ha discutido y analizado sobre la imprecisión o amplitud de los conceptos utilizados en la Convención.

Sin embargo, se puede decir que este instrumento convencional internacional de alcance regional establece perfectamente el concepto, los tipos y el ámbito de ejecución de la violencia⁵⁴⁶.

Además, protege ciertos derechos humanos que, aunque existen para todos independientemente del sexo, en el caso de la mujer, por su condición de vulnerabilidad ante la tolerancia de costumbres, prácticas y comportamientos culturales, sociales o religiosos y de sistemas jurídicos, políticos o económicos que la sitúan en una posición de inferioridad o subordinación, suelen ser frecuentemente violados como consecuencia de actos o situaciones violentas, tanto en lo privado como en lo público⁵⁴⁷.

La Convención establece la adopción de mecanismos y medidas de prevención y lucha contra la violencia de género, congruentes con las políticas internas tanto de protección a los derechos humanos de la mujer como al derecho de la misma a una vida libre de violencia familiar.

Por otro lado, cabe destacar que este tipo de violencia es un fenómeno mundial que ha tratado de controlarse y erradicarse mediante la adopción de

⁵⁴⁶ Tal como lo disponen los artículos 1 y 2 de dicha Convención.

⁵⁴⁷ Cfr. los artículos 4 y 5 de la Convención.

instrumentos universales dirigidos a ciertos aspectos del desarrollo de la mujer, como son los derechos políticos, los derechos civiles, la discriminación y otros; sin embargo, el único instrumento convencional, que es de carácter regional, cuyo contenido está dirigido específicamente a evitar y eliminar la existencia de la violencia de género es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; lo que hasta el momento la hace la herramienta jurídica de carácter internacional más relevante y de innegable trascendencia en la materia.

Por estas razones, y dado que las obligaciones que se establecen para los Estados parte en ella ya han sido adquiridas por México a través de los compromisos que asumiera como consecuencia de la participación del gobierno mexicano en la IV Conferencia Mundial de la Mujer y de la aprobación que la delegación mexicana hiciera de la declaración y plataforma de acción de esta reunión, se considera que la Convención tiene efectos indudablemente positivos.

En el ámbito europeo, destaca la adopción del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), el 11 de mayo de 2011, cuya entrada en vigor de forma general y específicamente para España tuvo lugar el 1 de agosto de 2014⁵⁴⁸, ya que se alcanzó el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado⁵⁴⁹.

El Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013 adoptó un Acuerdo por el que se aprobó la firma *ad referendum* del Convenio y se dispuso su remisión a las Cortes Generales. El 19 de febrero de 2014, las Cortes Generales concedieron la autorización para que el Estado pudiera prestar el consentimiento para obligarse por medio de este Convenio. El 11 de abril de 2014, España depositó el Instrumento de Ratificación del Convenio⁵⁵⁰.

La importancia del Convenio estriba en que supone el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia familiar, y es el tratado internacional de mayor alcance para

⁵⁴⁸ Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* Número 137, de fecha 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976

⁵⁴⁹ Tal y como estipula el artículo 75 del Convenio de Estambul.

⁵⁵⁰ Además de España, los siguientes países han ratificado el Convenio: Albania, Andorra, Austria, Bosnia y Herzegovina, Dinamarca, Italia, Montenegro, Portugal, Serbia, España y Turquía.

hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer.

La violencia contra la mujer se reconoce en el Convenio como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación, considerando responsables a los Estados si no responden de manera adecuada.

Los fundamentos del Convenio son, en primer lugar, prevenir la violencia, proteger a las víctimas y entablar acciones judiciales contra los agresores; en segundo lugar, sensibilizar y hacer un llamamiento a toda la sociedad, especialmente a los hombres y niños, para que cambien de actitud y rompan con una cultura de tolerancia y negación que perpetúa la desigualdad de género y la violencia que la causa; en tercer lugar, el Convenio destaca la importancia de una actuación coordinada de todos los organismos y servicios oficiales pertinentes y la sociedad civil; en cuarto lugar, pero no por ello menos importante, este instrumento especifica la obligación de los Estados Parte en la recogida de datos estadísticos y de investigación sobre todas las formas de violencia contra la mujer.

El Convenio contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. Esto implica que los Estados deberán introducir en sus sistemas jurídicos estos delitos.

Ahora bien, este instrumento indica que “[...] por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”⁵⁵¹.

El mismo tratado determina que “[...] por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho

⁵⁵¹ Cfr. artículo 3, inciso a).

antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”⁵⁵².

Como puede apreciarse, no se hace distingo entre los sujetos pasivos del fenómeno de violencia. Tal disposición complementa – y perfecciona – las disposiciones que en esta temática se habían ido generando en el contexto normativo internacional de las mujeres, opara ahora abarcar a la familia *in genere*, los cónyuges y las parejas de hecho.

Dicho Convenio supone una nueva vía de protección para las víctimas de violencia de género a nivel paneuropeo, constituyendo el único instrumento legalmente vinculante en Europa, y el tratado internacional de mayor alcance a la hora de abordar la violencia contra las mujeres. Mediante la aceptación del Convenio los Gobiernos se obligan a cambiar su legislación y a introducir medidas prácticas que den lugar a una transformación social que desemboque en un contexto de cero tolerancia hacia la violencia contra la mujer y la violencia familiar.

Por primera vez en la historia europea, el Convenio establece que la violencia de género no puede ser considerada como un asunto privado sino que, por constituir una violación de derechos humanos, los Estados tienen la responsabilidad legal de proporcionar a las mujeres víctimas una tutela adecuada y efectiva frente a la misma.

Tal y como establece en su artículo 1, el Convenio tiene como objetivo la protección de las mujeres contra toda forma de violencia y el contribuir a la eliminación de cualquier tipo de discriminación, con la finalidad de lograr con esto un contexto de igualdad real entre hombres y mujeres, además de concebir un marco global de protección a las víctimas de violencia de género, promoviendo la cooperación internacional y apoyando a organizaciones y fuerzas y cuerpos de seguridad para que estos cooperen de manera eficaz.

El Convenio de Estambul analiza en su preámbulo la naturaleza de la violencia de género, entendiendo ésta como un producto del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre, y señalándola como uno de los mecanismos sociales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación.

⁵⁵² Cfr. Artículo 3, inciso b).

Hace además referencia en este a las diferentes formas de violencia a las que se encuentran expuestas mujeres y niñas, como la violencia familiar, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del "honor" y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres.

Con la firma y ratificación del Convenio, los Estados se comprometen, tal y como se establece en el artículo 5 del mismo⁵⁵³, a abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, y a tomar las medidas legislativas necesarias para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia que se encuentran dentro de los sujetos al Convenio y que han sido llevados a cabo por actores no estatales⁵⁵⁴.

Se establece en el artículo 18 que las partes deberán velar porque las medidas tomadas estén dirigidas a evitar la victimización secundaria y a lograr la autonomía e independencia económica de las mujeres víctimas, estableciendo servicios de protección y respondiendo a las necesidades específicas que las personas vulnerables presenten en cada caso determinado.

Se insta también a la creación de refugios y de centros de ayuda de emergencia para las víctimas de violaciones o de violencia sexual, al establecimiento de guardias telefónicas gratuitas, y a la concesión de indemnizaciones, además de a que los Estados adopten las medidas de protección necesarias, legislativas o de otro tipo, que permitan a las autoridades competentes proporcionar a las víctimas la tutela adecuada.

⁵⁵³ Denominado *Obligaciones del Estado y Diligencia Debida*, el texto del numeral indica: “1. Las Partes de abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.

⁵⁵⁴ Tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio de Estambul integra la norma de la “diligencia debida” y la define como la obligación de los Estados de “prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia cometidos por actores no estatales”. *Cfr. La Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul*, p. 93, [en línea], disponible en la siguiente página web <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/MESECVI-CoE-CSWPub-ES.pdf>

En el artículo 66 del Convenio se establece la creación de un Grupo de Expertos (GREVIO) que será el encargado de velar por la aplicación del mismo por las partes.

El Convenio de Estambul constituye así un instrumento de relevancia inigualable en la lucha no solo contra la violencia contra la mujer, sino contra todas las formas de desigualdad a las que esta se encuentra expuesta, siendo uno de sus mayores aciertos el incidir sobre la importancia de abordar la violencia desde sus orígenes, buscando una demolición de las estructuras sociales que se encargan de perpetuarla. Y es que, aunque bien es cierto que todavía queda un largo camino por recorrer para poner fin a la violencia por motivos de género, una aplicación adecuada del Convenio junto a un incremento del número de Estados (y de la propia Unión Europea) que se comprometen mediante la ratificación a su cumplimiento podría suponer el principio de su erradicación.

Por lo que corresponde a la violencia familiar, el Convenio de Estambul viene a confirmar la cristalización del derecho humano a una vida libre de violencia, especialmente en el ámbito doméstico.

En resumen, el orden jurídico internacional, como se ha expuesto en los párrafos precedentes, no sólo ha motivado el surgimiento de un nuevo derecho humano cuyos titulares son, precisamente, los grupos vulnerables que conforman el núcleo más importante de la comunidad –la familia–, sino, además, ha generado una serie de obligaciones que los Estados deben cumplir a fin de garantizar a los integrantes de esta unidad básica de la sociedad, un ambiente libre de violencia.

2.5. Panorama de la Protección a los Menores y los Discapacitados en el Ámbito del Derecho Internacional.

La comprensión de ciertos fenómenos sociales que inciden en el ámbito jurídico –como indudablemente lo son la violencia familiar y la de género–, hace necesario analizar la forma en que los mismos han sido percibidos por la comunidad mundial, a través de instrumentos de derecho internacional⁵⁵⁵, sobre

⁵⁵⁵ Que pueden ser de carácter convencional o no convencional.

todo cuando dicha percepción se ha constituido en un factor muchas veces determinante de la respuesta que los Estados han pretendido dar a dichos fenómenos en el ámbito jurídico interno, especialmente al introducir figuras y mecanismos normativos que tienen como pretensión reprimirlos; evitarlos o erradicarlos.

Al respecto, conviene mencionar que desde finales de la primera década del siglo XX, distintas entidades de derecho internacional⁵⁵⁶ han expresado su preocupación por reconocer un marco protector a favor de determinadas instituciones y de grupos considerados como vulnerables, directamente vinculado con los derechos humanos.

Lo anterior ha sido parte de un proceso evolutivo que inició con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁵⁵⁷.

En el contexto de la posguerra, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organismo que aglutina a la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, resolvió proclamar un catálogo de derechos y libertades a las que consideró como fundamentales, partiendo de la premisa de que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*⁵⁵⁸, y que el desconocimiento y el menosprecio a esos derechos originaron actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad⁵⁵⁹.

La Declaración de los Derechos Humanos fue emitida con el propósito de contar con una concepción común de las prerrogativas y libertades que son propias a los seres humanos, por el simple hecho de serlo.

Es decir, se trata de un catálogo que reconoce el mínimo de derechos que la comunidad internacional –en general– y los Estados –en particular–, reconocen a las personas, comprometiéndose a respetarlos en forma efectiva.

Este instrumento sirvió de base para el desarrollo posterior de los derechos humanos en el ámbito internacional, dándose lugar a la producción de

⁵⁵⁶ Estados y organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad Europea, etcétera.

⁵⁵⁷ Adoptada y proclamada en la resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948.

⁵⁵⁸ Así se sostuvo en el primer párrafo del Preámbulo de dicha Declaración.

⁵⁵⁹ El segundo párrafo del mismo apartado alude a este desconocimiento y menosprecio, en obvia referencia a los actos evidenciados durante la Segunda Guerra Mundial, que motivaron los juicios de Nüremberg.

tratados e instrumentos cada vez más especializados.

Por ello, es necesario contar con una panorámica acerca del marco jurídico protector que el derecho internacional ha determinado a favor de la familia, las mujeres, los menores, los discapacitados, pues como se esbozó con anterioridad, dicho marco ha sido determinante para el establecimiento de normas jurídicas tendientes a combatir el fenómeno de la violencia familiar y de género, en aras de beneficiar a los grupos vulnerables antes señalados.

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos transitó de una declaración general y universal, a una serie de documentos posteriores encaminados a reconocer derechos humanos enfocados a situaciones concretas y a grupos determinados.

Por supuesto que ese tránsito se corresponde también con las necesidades que han venido imponiendo el tiempo y los fenómenos sociales reconocidos como trascendentes a nivel mundial y regional.

De esta manera, hoy se cuentan con tratados tan especializados como aquellos específicamente destinados a reconocer derechos humanos a favor de los niños, de los incapacitados, de las personas en condición de reclusión; así como a combatir y, en último grado, erradicar, fenómenos sociales como la violencia y la discriminación contra la mujer, la sustracción internacional de menores, la trata de personas, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, etcétera.

Lo anterior pone de relieve que en el contexto internacional, la producción de normas internacionales se ha dirigido tanto a grupos considerados como vulnerables, como a situaciones concretas.

2.5.1. La Protección de los Menores en el Derecho Internacional.

Al igual que las mujeres, los menores son un grupo social al que se considerado en condiciones de vulnerabilidad por muy diversos factores, que van desde el escaso desarrollo psico-biológico que implica su edad, hasta las condiciones de desprotección de que llegan a ser víctimas no solamente por parte de la ley y del Estado, sino de su propia familia.

De ahí que se haya procurado crear un régimen protector especializado, como parte del interés de la comunidad internacional de tutelar sus derechos y

crear obligaciones correlativas a cargo tanto de los Estados como de sus ascendientes, a partir de estándares mínimos universalmente reconocidos.

En el contexto latinoamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recogió el espíritu del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, cuando en su artículo 19 señala:

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Sin embargo, lo que de mejor manera vino a reflejar el interés específico de los distintos Estados que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas, por procurar una protección integral a favor de los menores, fue la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En ella, los países firmantes se manifestaron convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; asimismo, reconocieron que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; finalmente, se planteó como propósito que el niño debe estar plenamente preparado para una Vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas y en un entorno de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

De igual manera, se reconoció que el niño, por su falta de madurez física y mental, requiere de protección y cuidados especiales, incluso de la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

La expresión que antecede constituye el sustento esencial de la noción de vulnerabilidad en la que se ha considerado a los menores, partiendo del supuesto de que el escaso desarrollo psicológico y físico del niño, presupone una condición que lo coloca en desventaja frente a las demás personas que no participan de esas características, lo que hace necesaria su protección, aplicando el principio de discriminación a la inversa, que implica el reconocimiento normativo (tanto estatal como internacional), de ciertas medidas

que significan un trato desigual favorable para aquellas personas que sufren una situación de desprotección por razones de edad, género, raza, insuficiencia física, nacionalidad, ideología o religión.

La vigencia de esta Convención supuso un impacto decisivo en el ámbito internacional y en el de los países suscriptores, pues a partir de ella se evidenció el desarrollo normativo que reconoció al niño como un sujeto de derecho, y como consecuencia de ello, puede sostenerse que se han acelerado los tiempos para consolidar dicho reconocimiento.

El primero de dichos supuestos remite a la noción del "interés superior del niño" como eje rector y punto de referencia que debe orientar todas las medidas que asuman las instituciones (públicas o privadas de asistencia social) así como las autoridades administrativas, judiciales y legislativas.

Esto es, en cualquier decisión que trascienda o pudiera trascender en la esfera jurídica de un menor de edad, deberá tenerse en cuenta el interés superior de éste.

2.5.2. La Protección de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional.

Al igual que en el caso de las mujeres y de las menores, en cuanto grupos sociales en condición de vulnerabilidad, la comunidad internacional ha colocado en el mismo estatus a las personas con discapacidad.

El interés de protegerlas y de reconocerles un mínimo de derechos se ha hecho patente en el contexto latinoamericano, con la suscripción de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En principio, el artículo 1.1 define a la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

A partir de dicha conceptualización, puede colegirse que las personas con alguna discapacidad son merecedoras de un trato digno, partiendo de la base de que se encuentran en una situación de vulnerabilidad condicionada no solamente por su circunstancia particular, sino por el contexto social en el que

deben desenvolverse y al que se ven precisados a adaptarse, al verse limitados en su capacidad para llevar a cabo una o más actividades que resultan habituales y cotidianas.

La utilidad de este tratado internacional, en el contexto del derecho interno, radica en que puede convertirse en una herramienta útil para fines interpretativos, pues si una norma local contempla como beneficiarias de determinados derechos a las personas con discapacidad, y existe duda sobre los alcances de este término, puede recurrirse válidamente a lo señalado en el precepto en cita con el propósito de esclarecerla.

Además, contempla un catálogo de acciones y medidas que los Estados parte deben asumir para prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de discriminación en contra de las personas con discapacidad; entre las que se encuentran, aquellas tendientes a protegerlas de abusos, en términos del artículo III.1.

En suma, el largo, complejo y paulatino desarrollo en el ámbito internacional descrito en los párrafos anteriores, da cuenta del surgimiento de un derecho humano a la vida libre de violencia familiar que ha adquirido, de manera indubitable, un estatus vinculante, con la consiguiente obligación de los Estados Parte en dichos tratados internacionales, de adoptar todas las medidas, de cualquier naturaleza –legal, administrativa y judicial– necesarias para la implementación de tal derecho, a fin de que su disfrute no sea nugatorio.

De particular, son las y los jueces quienes, en el ejercicio de la función jurisdiccional, han de aplicar, en sede interna, las disposiciones contenidas en los instrumentos convencionales internacionales referentes a la proscripción de la violencia familiar.

No hacerlo, implicaría el incumplimiento de los Estados de los compromisos adquiridos en la esfera internacional y la consecuente responsabilidad internacional.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER: INCIDENCIA EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.

SUMARIO: 3.1. Introducción; 3.2. Igualdades y Diferencias; 3.2.1. Contenido Conceptual del Principio de Igualdad; 3.2.2. La Igualdad como Norma; 3.3. Los Presupuestos Jurídicos del Principio de Igualdad; 3.3.1. El Derecho Fundamental a la Igualdad. La Igualdad Formal; 3.3.1.1. Presupuestos Históricos; 3.3.1.2. Incorporación del Principio de Igualdad en el Derecho Convencional Internacional; 3.3.1.3. La Recepción del Principio de Igualdad en el Ámbito Constitucional. Algunos Ejemplos de Derecho Comparado; 3.3.1.3.1. Especial Referencia a la Experiencia Jurídica Europea; 3.3.2. La Igualdad Real y Efectiva; 3.3.3. La Igualdad como Valor Superior del Ordenamiento Jurídico; 3.3.4. La Igualdad como Principio General del Derecho; 3.4. La Igualdad en el Contexto Constitucional Español y Mexicano; 3.4.1. Recepción Constitucional de la Igualdad en España; 3.4.2. El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Mexicano; 3.4.2.1. La Igualdad en el Contexto Normativo Fundamental Mexicano; 3.5. La Igualdad entre el Hombre y la Mujer en las Resoluciones Judiciales; 3.5.1. Las Resoluciones del Tribunal Constitucional Español; 3.5.1.1. La Sentencia 59/2008, de 14 de mayo; 3.5.1.2. Resoluciones Posteriores; 3.5.1.3. Comentarios; 3.5.2. La Igualdad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 3.5.2.1. La Contradicción de Tesis 66/2006.

3.1. Introducción.

En este capítulo se efectuará una serie de consideraciones en torno a la problemática de la igualdad entre el hombre y la mujer, puesto que de tal perspectiva, específicamente de naturaleza constitucional, se derivan una serie de reflexiones que deben ser tomadas en consideración en el ámbito penal de la tipificación del injusto de violencia familiar, objetivo primario de este análisis.

Del amplísimo campo teórico-normativo que implica el estudio de la igualdad, tomaremos como punto de partida las cuestiones más generales de la perspectiva teórica y de ahí, se analizará en el contexto mexicano y español, siguiendo el modelo iuscomparatista que se ha venido empleando⁵⁶⁰.

La idea de igualdad pasa a ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo; diríase que se constituye en uno de los pilares básicos sobre los que se construye la misma idea de persona y que responde, asimismo, a la exigencia de trato digno que

⁵⁶⁰ Cfr., *ut supra* capítulo segundo.

debe prever la normatividad jurídica a efectos de concretar la protección eficaz del ser humano, con independencia de cuestiones secundarias o meramente accidentales⁵⁶¹.

No obstante, pese a la innegable trascendencia, su importancia como idea regulativa básica usualmente carece de claridad, tanto en su formulación como por la precisión de su sentido y límites.

De ahí entonces que, en la *praxis*, suele ser más bien, un concepto muy discutido en torno al cual han ido surgiendo frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes, a cual más de atractiva e interesante, pero que ciertamente complica su configuración conceptual y, por consecuencia, sus efectos pragmáticos⁵⁶². Ello es así, puesto que se ha querido “fragmentar” el concepto de igualdad, cuando en realidad no es posible.

Un aspecto característico del principio de igualdad es, en efecto, su indivisibilidad, de la que deriva su constante ampliación y afirmación.

Históricamente, el principio de igualdad se ha venido afirmando poco a poco, pero al mismo son manifiestas las numerosas ocasiones en que es vulnerado, en razón de su original e intrínseca ambigüedad.

Resulta, pues, paradójico que desde la configuración inicial de este principio se hayan pretendido “ocultar” sus violaciones, precisamente porque quien lo proclamaba pensaba que podía contrastar sólo las discriminaciones de las que había sido víctima él mismo hasta entonces: sus propias discriminaciones y no las de los demás.

Ejemplo palpable de lo anteriormente enunciado es el contexto en que se adopta la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, en 1776, afirmando los colonos de dicha entidad federativa que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”, puesto que no pensaban, ciertamente, en los seres humanos que tenían sometidos en estado de esclavitud.

De manera análoga, cuando el 26 de agosto de 1789 la Asamblea Nacional en Francia proclamó la igualdad en *droits* de todos los “hombres”, sus integrantes pensaban sólo en sí mismos: en los privilegios feudales y en las diferenciaciones

⁵⁶¹ Como podría ser, por ejemplo, el género, la edad, la posición social.

⁵⁶² Es decir, la incorporación del concepto en sede normativa, así como la exégesis y aplicación del mismo a los casos concretos y específicos.

de clase que deseaban abatir, pero no en las discriminaciones de sexo ni económicas ni sociales, que dejaban sobrevivir simplemente ignorándolas.

No obstante lo anterior, el principio ha sido empleado después por quienes resultaban discriminados, para usarlo en su sentido contrario mediante un replanteamiento de su significado, contra quien lo había pensado solamente para usarlo a su favor. Ha sido verdaderamente una lucha por el derecho a la igualdad⁵⁶³.

Esta historicidad de la dimensión semántica, y al mismo tiempo pragmática, del principio de igualdad es la que permite resolver una aparente aporía: el hecho de que tal principio haya sido originalmente pensado y modelado sobre parámetros masculinos, y clasistas, y que sin embargo haya mantenido, y conserve aún hoy, gracias a las luchas que se han instrumentado para concretarlo y a las nuevas subjetividades que ha promovido, un carácter dinámico, casi revolucionario.

En esta perspectiva, las dos significaciones del principio –una conservadora y mistificatoria, y la otra revolucionaria y desmistificatoria– se conectan, respectivamente, a su uso en sentido *descriptivo*, que considera “verdadera” la igualdad modelada mediante parámetros discriminatorios y que ignora las violaciones que perjudican a quienes son excluidos; y a su uso en sentido *prescriptivo*, el cual consiente, al contrario, considerar las desigualdades y las discriminaciones como violaciones y, en cuanto tales, oponerse a ellas.

De manera descriptiva, es decir entendida como un hecho, la igualdad es siempre falsa. En sentido prescriptivo, o sea como norma y valor, ella es, por el contrario, un ideal-límite, nunca perfectamente, sino sólo imperfectamente, realizado cuando es “tomado en serio”⁵⁶⁴ en virtud de la percepción de sus violaciones desde el punto de vista de los discriminados.

Actualmente, las nuevas fronteras de la igualdad son las del mismo espacio globalmente considerado e incluyen a la humanidad entera⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Parafraseando el título de la ampliamente conocida obra de Von Ihering, *Der Kampf ums Recht*, publicada en 1872.

⁵⁶⁴ En clara referencia a Dworkin.

⁵⁶⁵ En este sentido, ciertamente es innegable que la globalización ha influido para que se pongan de manifiesto las gravísimas desigualdades en las que se encuentra una inmensa mayoría de la población, con independencia de los criterios a la luz de los cuales se configuran tales desigualdades. *Cfr.*, para un enfoque sociológico, WALBY, S., *Globalization and Inequalities: Complexity and Contested Modernities*, SAGE Publications, 2009; desde una perspectiva más amplia –aunque con cierto énfasis en la dimensión de la

No es ocioso, por tanto, indicar que el gran reto de la democracia en los albores del tercer milenio es el que nace en virtud de la desigualdad creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre democráticas sociedades con un producto interno bruto considerable y gran parte del mundo que vive en condiciones de miseria, entre los excesos de vida de un porcentaje muy reducido y los de numerosos seres humanos que padecen hambre. Esta desigualdad, debe reconocerse, constituye una gravísima amenaza y puede minar las bases de nuestras mismas democracias⁵⁶⁶.

A este respecto, no podemos olvidar el papel performativo del derecho y el nexo que éste determina entre desigualdad en los derechos y racismo: así como la paridad en los derechos genera el sentido de igualdad, y con ello el respeto del otro como igual; asimismo, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente.

De nueva cuenta, de la batalla que presenten los excluidos depende la consolidación de la igualdad y de la democracia. Y de nuevo, así como para la superación de las discriminaciones y de las desigualdades del pasado, también hoy la lucha por la igualdad se nutre de un punto de vista externo al derecho vigente –y que en relación con éste es antagónico y conflictual– de quien sufre las actuales desigualdades, pese al mandato de la igualdad jurídica que, siendo normativa, se hace pasar por descriptiva⁵⁶⁷.

Este punto de vista externo –el de quien sufre y critica las desigualdades existentes– le confiere al principio de igualdad un sentido nuevo.

En efecto, el significado del principio de igualdad ha variado en numerosas ocasiones en transcurso de los más de doscientos años que nos separan de la Declaración de 1789, gracias a las innumerables luchas que han denunciado sus violaciones⁵⁶⁸ y exigido un trato no diferenciado, es decir, *igual*.

política internacional–, Cfr. HURRELL, A. y Woods, N. (eds.), *Inequality, Globalization and World Politics*, Oxford University Press, New York, 1999.

⁵⁶⁶ Cfr. BERAMENDI, P. y ANDERSON, C. J. (eds.), *Democracy, Inequality, and Representation in Comparative Perspective*, Russell Sage Foundation, 2011; así como MIDLARSKY, Manus I., *Inequality, Democracy, and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997 y FUKUYAMA, F. et al., (eds.), *Poverty, Inequality, and Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2012.

⁵⁶⁷ Es decir, que simple y llanamente se limita a enunciar el deber de trato igual, pero no tiene recepción en la praxis.

⁵⁶⁸ Por ejemplo, las luchas obreras, las luchas de liberación de los pueblos, las luchas de las mujeres para obtener su emancipación y reconocimiento de las serie de derechos que les son propios, así como a la *praxis* que está en su base

El significado original de la *égalité* proclamada en la Declaración de 1789 dista de ser el mismo empleado por los diferentes movimientos que reclamaban el cambio de contenido en el parámetro de fines del siglo XVIII.

La aparente “normalidad” que anteriormente ha ocultado discriminaciones y desigualdades, opresiones y violaciones, ha sido –y seguirá siendo– cuestionada una y otra vez por quienes las han denunciado.

Esta historicidad de la dimensión semántica concierne a todo el Derecho, que es un universo lingüístico y convencional; es decir, un mundo de signos y de significados asociados a aquellos particulares signos y significados que son las leyes⁵⁶⁹.

Tales significados, por medio de los cuales se lee y valora, en clave normativa, la realidad, no son dados una vez por todas, sino que cambian con la dinámica transformadora del tiempo y de las culturas, de la fuerza y de la conciencia de los actores sociales, quienes son al mismo tiempo, intérpretes, críticos, productores y operadores del derecho.

La igualdad jurídica es, probablemente, el principio que está más expuesto a estos cambios de significado, siendo al mismo tiempo criticado y reivindicado por quienes se oponen a las desigualdades y a las discriminaciones que antes no parecían tales, y que sólo en un momento determinado son percibidos por quienes son víctimas de ellas y que exigen su eliminación⁵⁷⁰.

La percepción de la desigualdad, en efecto, es siempre un hecho social, ligado a la *praxis* subjetiva y colectiva de los sujetos que la sufren. Se trata, en efecto, de una percepción que *ab initio* es minoritaria hasta en quienes son sus víctimas, pero que después se comparte por la mayoría de ellos, y que, finalmente, con el desarrollo y el éxito de sus luchas, está destinada a generalizarse y a convertirse en una idea común⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Cfr., a este respecto, BERMAN, H. J. y WITTE, J. (ed.), *Law and Language. Effective Symbols of Community*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 28-33.

⁵⁷⁰ Cfr. RÉAUME, D., “Dignity, Equality and Comparison”, en HELLMAN, D., y MOREAU, S., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 7-27.

⁵⁷¹ Cabe, en este sentido, la obligada referencia a la lucha que las mujeres han sostenido y desplegado contra la discriminación de la diferencia de género es indudablemente ejemplar. Cfr. *ut supra* el capítulo segundo que, en la perspectiva jurídica internacional convencional, da cuenta de los esfuerzos que este grupo vulnerable ha realizado para que sus derechos *ut singuli* sean reconocidos e incorporados en la esfera jurídica internacional. No obstante, es conveniente señalar que ningún mecanismo jurídico logrará, *per se*, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos. La igualdad, no sólo entre los sexos sino en general, es siempre un principio regulativo, que seguirá siendo violado hasta que persistan las diversas causas y razones que hasta la actualidad sostienen el dominio masculino. Pero ello no limita su valor normativo, pues si fuera

Para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro, una importancia esencial.

Desde el surgimiento del Estado constitucional, la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios estructurales de dicho modelo de Estado⁵⁷², configurándose una peculiar problemática para identificar, de manera precisa, su distinción conceptual y la contextualización con las “desigualdades” y las “diferencias”, tal como se verá en los siguientes párrafos.

3.2. Igualdades y Diferencias.

La igualdad es un principio complejo, configurado para tutelar –en sentido de proteger– las diferencias y para oponerse a las desigualdades.

En el contexto de la igualdad, diferencias y desigualdades son, en efecto, conceptos no sólo diferentes sino que hasta opuestos.

Las *diferencias* –de diverso tipo, tales como las sexuales, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas, entre otras– se integran por virtud de la diversidad de nuestras identidades personales.

Las *desigualdades*, al contrario, consisten en la diversidad de nuestras condiciones económicas y materiales.

En ambos casos lo que se encuentra en discusión son hechos. De dicho aspecto depende su carácter asimétrico respecto a la igualdad. En efecto, tanto las diferencias como las desigualdades son hechos, mientras que el principio de igualdad se materializa en una norma. La finalidad de dicho mandato radica, precisamente, en proteger y valorizar las diferencias, así como eliminar, o cuando menos reducir, las desigualdades.

así, sería como decir que la defensa de la libertad mediante el mecanismo del denominado amparo habeas corpus, no tiene ningún valor porque sigue siendo frecuente las detenciones y arrestos realizados de manera arbitraria

⁵⁷² Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El Estado Constitucional y su Sistema de Fuentes*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Así, a la luz de estas consideraciones, primeramente debe señalarse que la igualdad se configura en un principio normativo que requiere la protección de las diferencias, comenzando por la diferencia de género⁵⁷³.

Dado que, de hecho, somos *diferentes* por sexo, nacionalidad, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales⁵⁷⁴, es necesario establecer, para los fines de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática del sistema político, el principio de igualdad de nuestras diferencias⁵⁷⁵; es decir, el principio de que todos somos iguales –en el sentido de que tenemos igual valor y dignidad–, más allá, y precisamente en razón, de nuestras diferencias, es decir, de nuestras identidades personales. De ahí, entonces la interdicción de discriminar ni de hecho, ni mucho menos de derecho⁵⁷⁶.

Por este motivo se ha definido en muchas ocasiones el principio de igualdad como el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás⁵⁷⁷.

En segundo lugar, la igualdad también se configura como norma, cuyo postulado esencial, su mandato intrínseco, exige que se reduzcan las desigualdades.

De facto somos desiguales –desiguales respecto a las condiciones económicas y oportunidades sociales–, y en tal virtud se establece nuevamente para los fines de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática, el principio de igualdad de los mínimos vitales. Lo anterior significa que se erige en deber jurídico la eliminación, o cuando menos la disminución, de los obstáculos de tipo económico y social que, de hecho, limitan la igualdad y el completo desarrollo de las personas.

⁵⁷³ Tal es la tesis de una serie de autores, entre los cuales pueden señalarse CONAGHAN, J., *Law and Gender*, Oxford University Press, Oxford, 2013, y BARTLETT, K. *et al.*, *Gender & Law: & Commentary*, Sixth Edition, Aspen Publishers, Aspen, 2013.

⁵⁷⁴ En este aspecto, considérese lo que establece el artículo 3, 1er inciso, de la Constitución italiana.

⁵⁷⁵ *Cfr.*, *in genere*, GONZÁLEZ MORENO, B., *Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

⁵⁷⁶ Aunque esta afirmación debe matizarse, pues de conformidad con las recientes posturas doctrinales, en ciertos supuestos, es necesaria la discriminación legal para concretar la igualdad material. Piénsese, *ad ex.*, en la denominada “igualdad por resultado”. *Cfr.* FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 40 y ss.

⁵⁷⁷ Acerca de la igualdad véase las tesis que se han por FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Novena Edición, Trotta, Madrid, 2009.

Además, tanto el igual valor asociado a todas las desigualdades materiales y sociales, como el igual valor de las diferencias y la igual dignidad de las personas están, de hecho, limitados o peor, negados.

El principio de igualdad, en razón de esta concepción, coincide por ello con el principio de la *dignidad de las personas*⁵⁷⁸ y con el carácter universal de los derechos fundamentales –derechos humanos– que a ellas se les atribuyen. Pirozzoli lo enuncia mediante la aseveración que resulta evidente “[...] che la dimensione relazionale dell’uomo pone in primo piano la connessione tra il valore/principio espresso dalla dignità e l’eguaglianza [...]”⁵⁷⁹. Tal vinculación, insoslayable por supuesto, hace manifiesto el papel que juega la igualdad en la materialización de la dignidad, pues aquélla posibilita –e incluso, condiciona– que “[...] ciascuno, in qualunque posizione sociale si trovi inizialmente, deve poter avere pari di opportunità di autorealizzazione”⁵⁸⁰.

Las diferencias, por tanto, deben tutelarse y valorizarse porque coinciden con el valor y la identidad de las personas, de modo que el igual valor asociado a las diferencias no es otra cosa, que su “igual dignidad social”.

Las desigualdades, al contrario, constituyen uno de los “obstáculos” para “el pleno desarrollo de la persona humana” y, por tanto, para la tutela de la dignidad de la persona.

3.2.1. Contenido Conceptual del Principio de Igualdad.

El primer significado del principio de igualdad es el que habitualmente se denomina *igualdad formal*, que se garantiza mediante la atribución de todos los *derechos de libertad*.

El segundo significado viene habitualmente llamado *igualdad sustancial*, que se garantiza a todos mediante los *derechos sociales*. De ello resulta un modelo normativo integrado de igualdad, formal y sustancial, fundado sobre la

⁵⁷⁸ A este respecto, KATEB afirma “Inherent in human rights is a commitment to the equality of all human beings”. Es decir, no puede concretarse el goce ni el disfrute de todos los derechos humanos si no hay *igualdad* en esos atributos. Cfr. KATEB, G., *Human Dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge and London, 2011, p. 29. Véase, además, *in genere* sobre el concepto y operatividad de la dignidad humana, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la Persona*, Segunda Edición, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.

⁵⁷⁹ Cfr. PIROZZOLI, A., *La Dignità dell’Uomo. Geometrie Costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 16.

⁵⁸⁰ *Idem*. Énfasis propio.

“igual dignidad” de las diferencias y, al mismo tiempo, sobre la eliminación de las discriminaciones y de las desigualdades.

Por tanto, no existe *prima facie*, ninguna oposición entre igualdad y diferencia, como suponen algunas concepciones actuales –tal es el caso de la postura que critica la igualdad en nombre del valor de la diferencia de género que sostiene el pensamiento feminista de la diferencia⁵⁸¹–. Igualdad y diferencia, garantía de la primera y valorización de la segunda, no sólo no se contradicen, sino que, al contrario, se implican entre ellas mismas.

La afirmación anterior implica una postura que va más allá de la relación entre igualdad y diferencia *in genere*, y vale para todas las diferencias de identidad. Es aplicable, particularmente, para las diferencias culturales y tiene una indudable repercusión en el ámbito jurídico.

En este sentido, no hay que olvidar que el primer derecho de libertad que se reclamó históricamente fue la libertad religiosa y de conciencia, que no es otra cosa que el derecho al respeto de todas las diferencias y la reducción de todas las diferentes identidades religiosas y culturales. Así, por ejemplo, de los derechos de libertad como protección de igual valor de las diferencias; de los derechos sociales contra las desigualdades materiales sociales.

La igualdad se constituye, por tanto, en el universalismo de los derechos atribuidos a todos. Se trata, como afirma Pozzoli, “[...] di assicurare un’eguaglianza dell’umanità [...]”⁵⁸², pues a todos se atribuyen todos los derechos, sin ningún tipo de distinción (en sentido de discriminación).

En efecto, es en la igualdad, es decir, en la igual titularidad de todos y para todos aquellos derechos universales que son los derechos fundamentales –por un lado, en la igualdad formal de todas las identidades personales asegurada por los derechos individuales de libertad y, por el otro, en la reducción de las desigualdades sustanciales asegurada por los derechos sociales–, donde tiene su fundamento la percepción de los demás como *iguales* en cuanto *titulares de los mismos derechos*, y también el sentido de pertenencia a una misma comunidad política que hace de ésta un pueblo.

⁵⁸¹ Cfr. CHAMALLAS, M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Second Edition, Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 8-10, así como también CAIN, P. A., “Feminism and the Limits of Equality”, en WEISBERG, D. K., *Feminist Legal Theory. Foundations*, Temple University Press, Philadelphia, 1993, pp. 237-247.

⁵⁸² Cfr. PIROZZOLI, A., *op. cit.*, p. 18. “[...] de asegurar la igualdad de la humanidad [...]”.

Es ésta una idea antigua. Recuérdese al efecto, la impecable definición ciceroniana de pueblo. El ilustre jurista romano indica que pueblo no es un conjunto cualquiera, sino solamente aquella comunidad que se basa en el consenso y sobre la utilidad común⁵⁸³, precisamente, en la *civitas, quae est constitutio populi*⁵⁸⁴ y en la *par conditio civium*, es decir en la igualdad que proviene de los *iura paria*⁵⁸⁵, es decir de aquellos derechos iguales que son los derechos fundamentales mediante los cuales todos están en relación⁵⁸⁶.

Como puede apreciarse, es en el contexto de la aplicación común del principio de igualdad donde se aprecia con mayor nitidez la operatividad del mismo.

3.2.2. La Igualdad como Norma.

Ahora bien, es innegable que la igualdad, a efectos de su materialización como principio que regula las diferencias y procura eliminar la discriminación —o formentarla en los supuestos que lo requieran—, precisa establecerse normativamente.

El argumento para lo anterior es, precisamente, el conjunto de los *derechos fundamentales*. Así, “*Les hommes* —dice el artículo póstico de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789— *naissent et demeurent libres et égaux en droits*”⁵⁸⁷.

La *igualdad jurídica* es precisamente esta igualdad *en droits*, o sea en aquellos derechos que —en cuanto reconocidos y garantizados a todos— llamamos “universales” o “fundamentales”.

De esta manera, por un lado, los *derechos individuales de libertad y autonomía* de las personas, que son, en su conjunto, prerrogativas a la expresión, a la tutela y a la valorización de sus propias diferencias y, por tanto, de su propia identidad⁵⁸⁸.

⁵⁸³ CICERONE, *De Re Publica*, Roma, Istituto Editoriale Italiano, 1928, p. 68.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pp. 70-72. “*La ciudadanía, que es lo que constituye al pueblo*”.

⁵⁸⁵ “*Igualdad de derechos*”.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 80. “*Por la condición de ciudadanos*”.

⁵⁸⁷ “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”. Énfasis propio.

⁵⁸⁸ Desde la libertad de conciencia y de pensamiento hasta la libertad religiosa, de prensa, de asociación y de reunión, sin olvidar, por supuesto, los derechos civiles y los de naturaleza política.

Por otro lado, están los *derechos sociales* que son –todos– prerrogativas que facultan a sus titulares a exigir la eliminación, o al menos la reducción, de las profundas diferencias materiales y sociales presentes en el entramado colectivo⁵⁸⁹.

Conviene subrayar que también la *desigualdad jurídica*, por otra parte, es una desigualdad en *droits*. Sin embargo, ésta se refiere a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que, al contrario de los derechos fundamentales, son derechos *excluyentes*, correspondientes a cada quien en diferente medida y que precisamente privilegian en su disfrute a determinados sujetos, apartando a los demás.

Derechos de libertad y derechos sociales se distinguen, entonces –además de su diferente estructura, o sea, porque unos son derechos “negativos”, que consisten en expectativas de no sufrir lesiones, y los otros son derechos “positivos” que consisten en expectativas de recibir prestaciones⁵⁹⁰, por su diferente *función*, esto es, porque los primeros se utilizan para tutelar y valorar las diferencias de identidad, mientras que por lo que se refiere a los segundos, éstos se despliegan para eliminar o reducir las desigualdades económicas y sociales.

En síntesis, la igualdad jurídica como igualdad en los derechos humanos, no es otra cosa que la aplicación pragmática del universalismo que se predica – por constituir una característica esencial de los mismos– de las prerrogativas mencionadas⁵⁹¹.

De ahí, entonces, cuando se afirma que un determinado derecho es fundamental ello implica, no más no menos, que *todos* los individuos son, en *medida igual*, titulares de él. De aquí derivan dos trascendentales e insoslayables consecuencias: la primera relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, y la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

⁵⁸⁹ Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la salud, así como en los mandatos constitucionales del derecho a la educación, a la seguridad social, a la vivienda, a la asistencia por parte del Estado, entre otros.

⁵⁹⁰ Cfr., acerca de la distinción entre derechos individuales (de libertad y de autonomía) y derechos sociales, FERRAGIOLI, L., *Principia Iuris*, I, op. cit., pp. 742-759.

⁵⁹¹ Por universalismo debe entenderse no ciertamente, como se sostiene a veces, un consenso universal con relación a los derechos, sino que todos ellos, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales – contrariamente a los derechos patrimoniales, en los que se funda la desigualdad jurídica– corresponden igual y universalmente a todos los seres humanos en virtud de su condición básica de dignidad. *Ibidem*, pp. 724-731.

Ahora bien, por lo que corresponde a las dimensiones de la igualdad, éstas dependen, por un lado, de la amplitud del grupo de los sujetos a los cuales la igualdad se refiere, es decir, sus titulares⁵⁹²; por el otro, de la cantidad de los derechos atribuidos a tales sujetos, y que se garantizan universalmente. En ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa.

En el esquema hobbesiano, la única igualdad jurídica consiste en el derecho a la vida⁵⁹³, y es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social; mientras que las otras diferencias se dejan a las dinámicas “naturales”, y por ello están destinadas, de manera necesaria, a convertirse en desigualdades⁵⁹⁴.

A la luz del paradigma lockeano⁵⁹⁵, la igualdad se amplía hasta convertirse en la garantía por excelencia de los derechos de libertad y de autonomía individual⁵⁹⁶. Sin embargo, como es ampliamente conocido, durante un largo tiempo permanece limitada subjetivamente sólo a los ciudadanos –de sexo masculino–, alfabetizados y propietarios⁵⁹⁷.

Finalmente, con el paso del tiempo, el modelo se expande, por un lado, mediante el incremento de los derechos fundamentales –o bien, humanos, si seguimos la terminología adoptada en ciertos textos normativos constitucionales⁵⁹⁸–, ya no solamente civiles y políticos sino también sociales⁵⁹⁹, y, por el otro, con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de *status*⁶⁰⁰, con excepción del último “privilegio” que es la ciudadanía, la cual por

⁵⁹² Esto es, aquellos que podríamos denominar como “los todos”.

⁵⁹³ “Therefore the first foundation of natural Right is this, That every man as much as in him lies endeavour to protect his life members”. HOBBS OF MALMESBURY, T., *De Cive. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, Printed by J. C. For R. Royston at The Angel in Ivie-Lane, London, 1651, Chapter I, VIII *in fine*. Se respetó, asimismo, la ortografía del original.

⁵⁹⁴ Cfr. HOBBS OF MALMESBURY, T., *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon, in St. Paul’s Churchyard, London, 1651, pp. 55-60.

⁵⁹⁵ Que sería posteriormente incluido en la mayoría de los ordenamientos constitucionales.

⁵⁹⁶ Cfr. LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980, pp. 4-6.

⁵⁹⁷ Recuérdese, en efecto, la famosa frase acuñada en el ordenamiento norteamericano “*no taxation without representation*”, que implicaba considerar como titulares de la ciudadanía –así como de los derechos que de la misma se derivan– a los propietarios que pagaban sus respectivos impuestos.

⁵⁹⁸ Como es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se emplea *expressis verbis* dicha terminología (artículo 1).

⁵⁹⁹ A los que deben añadirse los derechos de naturaleza económica y cultural.

⁶⁰⁰ Por nacimiento, por clase, por instrucción, por sexo, etc.

razón de las fronteras estatales del derecho moderno⁶⁰¹ sigue aún excluyendo a todos los no-ciudadanos⁶⁰² del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales⁶⁰³.

La igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos.

Sin embargo, la igualdad jurídica se detiene en este ámbito. Más allá de la igualdad *ex iure* en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son, de hecho, diferentes una de la otra por diversidades de “sexo, de raza, de idioma, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales”⁶⁰⁴.

Pero son también diferentes, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos patrimoniales, de los cuales cada uno es titular, excluyendo a los demás; y también, preciso es reconocer, en los múltiples papeles de poder –es decir, roles– que cada quien personifica o sufre, y que determinan la definición, en su conjunto, de la desigualdad jurídica, del mismo modo en que la igualdad jurídica se define mediante los derechos fundamentales.

Al final, las personas son también diferentes de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades –estas últimas *antijurídicas*– que se producen mediante la violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

Lo anterior es posible entenderlo mejor al considerar el nexo que, mediante los derechos, une las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones.

⁶⁰¹ SHACHAR, A., *The Birthright Lottery and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 21-43. De la misma autora es recomendable la lectura de su ensayo *Children of a Lesser State: Sustaining Global Inequality through Citizenship Laws*, Jean Monnet Working Papers, NYU School of Law, 2/03, 2013, pp. 3-8.

⁶⁰² Aunque existe una “separación voluntaria”, en la que los integrantes de un grupo minoritario –diferenciado por ciertos criterios como la raza, el lenguaje, la religión, entre otros– voluntariamente decide permanecer distanciado de la mayoría, excluyéndose del disfrute de derechos y prerrogativas que esta última posee. Cfr. MERRY, M. S., *Equality, Citizenship and Segregation. A Defense of Separation*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, pp. 1-6.

⁶⁰³ Aunque en ciertos supuestos, inclusive en el contexto de los propios titulares de tal privilegio, es decir, los ciudadanos, existen diferencias basadas en razones injustificadas. Considérese, por ejemplo, la limitación constitucional que hace el ordenamiento jurídico mexicano a los mexicanos naturalizados para poder aspirar a formar parte de la administración pública en ciertos puestos de responsabilidad política, lo que implica, como consecuencia directa, la existencia de “ciudadanos de primera” y “ciudadanos de segunda”.

⁶⁰⁴ Cfr., como ejemplo, el artículo 3.1 de la Constitución italiana.

En este sentido, las “diferencias” –sean ellas naturales o culturales– no son otra cosa que las connotaciones específicas que distinguen, y al mismo tiempo individualizan, a las personas, y que, *per se*, son tuteladas por los derechos fundamentales.

Por su parte, las “desigualdades” –ya sea económicas como sociales– son, al contrario, las disparidades entre sujetos que se producen por la diversidad de sus derechos patrimoniales, además de la diversidad de sus posiciones de poder y sujeción.

Cabe hacer notar que las diferencias concurren, en su conjunto, a formar las *diferentes y concretas identidades de las distintas personas*; las desigualdades, por su parte, *concurren para formar las diferentes esferas jurídicas de dichas personas*.

Las primeras son protegidas, contra discriminaciones o privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos humanos de libertad; las segundas son, si no eliminadas, cuando menos reducidas o equilibradas por aquellos niveles mínimos de igualdad sustancial que se aseguran mediante la satisfacción de los derechos fundamentales sociales.

En ambos casos, debe insistirse en que la igualdad se conecta a los derechos humanos. Primeramente con los de libertad, en cuanto que son derechos al mismo respeto de todas las “diferencias”. En segundo término, la igualdad se vincula con los derechos sociales, porque son derechos a la reducción de las “desigualdades”.

Pero hay que observar que la igualdad puede resultar, siendo un principio normativo, inefectiva en grados diversos, ya sea en su aspecto formal como en sus mínimos sustanciales, en virtud de las múltiples “discriminaciones” y “desigualdades” antijurídicas que la pueden violar por medio de lesiones de hecho de los derechos fundamentales. Por ello el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática de derecho, consiste en la elaboración teórica y en la realización práctica de las garantías adecuadas para eliminar las primeras y reducir las segundas.

Podríamos plantearnos, en este sentido, ¿qué significado tiene, en efecto, que la igualdad tutela las diferencias y se opone a las desigualdades? La respuesta consiste en que el principio de igualdad es una norma, esto es,

prescribe un actuar cuya efectividad requiere, por lo tanto, que se asegure mediante garantías adecuadas⁶⁰⁵.

Tal principio se estipula entonces *contra la realidad*, en la que las diferencias de identidad son, de hecho, discriminadas y donde, de hecho, se desarrollan desigualdades materiales y sociales.

Precisamente, por un lado, tal principio es la norma con la que se estipula *la igualdad de las diferencias*, especialmente por medio de los derechos de inmunidad y de libertad, que consisten, como ya se ha dicho, tanto en el derecho a la propia identidad como en el derecho a las propias diferencias. Por otro lado, es la norma con la que se estipulan *niveles mínimos de igualdad material* mediante los derechos sociales, los cuales son derechos a la eliminación o a la reducción de las desigualdades.

En ambos casos, la igualdad, siendo una norma, en oposición a las diferencias y a las desigualdades que son hechos (o circunstancias de hecho), requiere ser actuada y garantizada mediante la tutela de las primeras y la eliminación de las segundas.

Decir que el principio de igualdad es una norma equivale, en suma, a afirmar que tal principio puede de hecho ser violado y que su cumplimiento requiere la introducción de garantías específicas y concretas. Así, puede ser vulnerado con la lesión de los derechos individuales de libertad y de autonomía; y también con la no satisfacción de los derechos sociales, aunque sean atribuidos a todos.

En este contexto, puede llamarse *discriminaciones* a las violaciones del primer tipo, y seguir denominando *desigualdades*, agravadas naturalmente por su ilegitimidad, a las violaciones del segundo tipo, de ahí que es imprescindible la estructuración jurídica que no afecte, en demasía, la esfera jurídica particular del individuo.

Resulta por tanto, imperativo el análisis jurídico de las discriminaciones y las desigualdades, a efecto de medir el grado de efectividad de la igualdad, normativamente establecida en las normas de rango constitucionales, e inclusive en los instrumentos internacionales⁶⁰⁶, así como para identificar las técnicas de

⁶⁰⁵ Recuérdese, en efecto, que la igualdad, revestida de positividad normativa, no “describe”, sino, más bien, “mandata”, esto es, “ordena” y “dispone”.

⁶⁰⁶ Cfr. capítulo segundo, *ut supra*.

garantía más adecuadas y pertinentes para reducir su grado de ineffectividad, todo ello si se pretende que este principio sea tomado en serio.

3.3. Los Presupuestos Jurídicos del Principio de Igualdad.

Como principio que se incardina en el orden jurídico normativo, la igualdad presenta dos vertientes. En primer lugar aparece como principio caracterizador del Estado liberal, que implica que toda la ciudadanía ha de tener el mismo trato ante la legislación y los tribunales. Se configura de dicha manera la llamada “igualdad formal”, como igualdad ante la ley de la que derivan el carácter abstracto y la generalidad de la Ley⁶⁰⁷.

La evolución del concepto y modalidades del propio Estado, aparece la igualdad en la ley o igualdad material, como mecanismo para corregir desigualdades en el ámbito del Estado social.

Así, la configuración del ordenamiento jurídico español con la institucionalización –en sentido de constitucionalización– del Estado social y democrático de Derecho⁶⁰⁸, hace de la igualdad, y su desarrollo, uno de los pilares básicos de la actividad política⁶⁰⁹. Se trata, como afirma Pérez Royo, de la “[...] *construcción jurídica de un orden político* [...] realización [...] extraordinariamente difícil [...] porque [...] no puede hacerse de cualquier manera, sino que tiene que hacerse *jurídicamente*, es decir, con base en el principio de igualdad. Y la igualdad no es un principio de orden, sino de todo lo contrario”⁶¹⁰.

En virtud de que es la desigualdad lo que caracteriza las relaciones de la sociedad, la norma jurídica, en este caso, la de rango constitucional –pero sin olvidar que ésta irradia todos sus efectos en la esfera jurídica–, aspira a “ordenar” tal conjunto de interacciones, construyendo, así, un “orden de la igualdad y la libertad”⁶¹¹.

⁶⁰⁷ BENDA, E., “El Estado Social de Derecho”, en BENDA, E. *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487-498, 505-507.

⁶⁰⁸ Artículo 1º. de la Constitución española: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*...”. Énfasis añadido.

⁶⁰⁹ Entendiéndose como tal el quehacer de la administración pública en el ordenamiento de las diferentes atribuciones, facultades y deberes que tiene por mandato constitucional.

⁶¹⁰ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 72. Cursivas en el original.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 73.

Así, la Constitución española recoge la igualdad *ante* la ley en el artículo 14 y la completa con el mandato de la igualdad *en* la ley en el artículo 9.2. De este modo se entiende tradicionalmente que el mandato contenido en el numeral 14 consagra la igualdad formal y el 9.2, a su vez, garantiza la igualdad material⁶¹².

El principio de igualdad jurídica no puede fundarse en el plano de los hechos puramente empíricos, ya que la igualdad se proyecta como condición jurídica –*conditio sine qua non*– requerida por el mismo ideal humano. Igualdad quiere decir, ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere⁶¹³.

El principio de igualdad exige la desaparición de cualquier tipo de desigualdad. Por lo anterior, cuando se impone una “acción positiva” para contrarrestar las consecuencias actuales de situaciones históricas de discriminación, se llega en realidad a un supuesto de “medidas de acción positiva”.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha manifestado en su decisión de 28 de junio de 1978 recaída en el asunto *Bakke*⁶¹⁴, que debe rechazarse la conclusión de que una mayoría tenga derecho

⁶¹² Se abordará con mayor amplitud este aspecto en el apartado 3.4. de este capítulo, dedicado a la igualdad en el contexto constitucional español.

⁶¹³ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965, p. 589. En este sentido, Truyol subraya que el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos parte de la idea de que éstos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana. Por eso corresponden a todos los integrantes de la familia humana derechos iguales e inalienables (primer apartado del Preámbulo, confirmado por el artículo 2o). Tales derechos han de ser protegidos por un régimen de Derecho para que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión de la tiranía y la opresión (apartado tercero del Preámbulo). TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 28. *Vid.*, asimismo, *ut supra* apartado 3.2.2. de este capítulo.

⁶¹⁴ *Regents of the University of California V. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). La Universidad de California había rechazado por dos veces la solicitud de ingreso en la Escuela de Medicina formulada por el ciudadano de raza blanca Allan Bakke. Aunque la puntuación obtenida en las correspondientes pruebas de selección fue superior a la que alcanzaron otros solicitantes pertenecientes a minorías raciales y que fueron admitidos, Bakke demandó a la Universidad de California por considerarse víctima de una discriminación inversa. Alegó que sus derechos civiles habían sido violados de acuerdo con lo establecido en la “cláusula de protección igualitaria” (*equal protection clause*) de la Constitución norteamericana. La Corte Suprema de California falló en favor de Bakke y proclamó que los solicitantes de las universidades deben ser considerados sin tomar en cuenta su raza. La Universidad apeló ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que falló el 28 de junio de 1978. En uno de sus considerandos, el Alto Tribunal estableció que una “acción afirmativa destinada a admitir a un porcentaje mayor de minorías raciales será legal en tanto no implique cuotas específicas y discriminatorias”. Se consideró, asimismo, que el programa especial de admisiones a la Escuela constituía una “clasificación basada indudablemente en antecedentes raciales y étnicos”, por lo que violaba tanto el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964, como la cláusula de protección igualitaria de la Enmienda XVI de la Constitución.

a discriminar a sus propios miembros en beneficio de una minoría anteriormente marginada. El objetivo de toda política de integración racial consiste en atraer, por medio de normas específicas, a los grupos que se hallan en situación desventajosa, y a las minorías en general, hacia la gran corriente de la sociedad.

Ahora bien, la constitucionalidad del proceso dependerá de las medidas que se hubieran adoptado para conseguir aquel fin: la integración impuesta en nombre de la autonomía de un grupo minoritario y del derecho a la propia identidad entrañará ciertamente un desconocimiento de la libertad ciudadana; en cambio, la integración, entendida como derecho fundamental⁶¹⁵, constituye un medio o instrumento legítimo para llevar a cabo esa misma política. Estas consideraciones no son únicamente aplicables al problema racial, sino que, por el contrario, admiten una generalización y consiguiente aplicación a otros casos de fricción entre el principio de igualdad y una determinada libertad de referencia. Por eso ha de afirmarse con carácter general que el principio de igualdad encuentra su límite en cuanto alcanza el ámbito constitucionalmente declarado⁶¹⁶.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha pronunciado reiteradamente en relación con la aplicación del artículo 14 de la Constitución de 1978, como muestran diversas sentencias de los años 1981 y 1982⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Entendido como “civil right”.

⁶¹⁶ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución Española*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2001.

⁶¹⁷ *Vid.*, *inter alia*, las sentencias de 30 de marzo de 1981: “La simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho, sin más, a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley”; de 6 de abril de 1981: “El principio de igualdad de trato, sancionado en el artículo 14 de la Constitución, está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichas”; de 2 de julio de 1981: “Aunque es cierto que la igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9.3 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”; de 10 de julio de 1981: “El principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Dicho principio encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales”; de 24 de julio de 1981: “La desigualdad se produce al impedir la autoridad judicial, en aplicación al art. 113 de la L.E.cr., que algunas de las partes del proceso penal se vean representadas y defendidas por profesionales libremente designados por ellas”; de 10 de noviembre de 1981: “La igualdad consagrada en el artículo 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la

Resoluciones que formarán la base jurisprudencial sobre la que se basará la doctrina relativa al principio de igualdad y no discriminación, y servirá de punto de arranque para las siguientes decisiones que reforzarán el significado de la igualdad, y el respeto a la aplicación de la igualdad, garantizando un tratamiento razonable de proporcionalidad de justificación en el caso de la aplicación de una desigualdad.

A este respecto, también cabe recordar que no toda desigualdad es una discriminación, pues si está razonablemente justificada, es decir, si tiene una justificación objetiva y razonada, dándose, por lo tanto, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, no es una desigualdad jurídicamente relevante.

Constitución, en relación a los derechos y libertades contenidos en el capítulo segundo de su título primero que comprende el artículo 14; vinculación inequívoca, además si se tiene en cuenta el grado de protección que la Constitución garantiza a tales libertades y derechos. El principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso”; Sentencia 44/1982, de 26 de febrero: “El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos, porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución”; Sentencia 24/1982, de 13 de mayo: “Del principio de igualdad, proclamado en los artículos 9 y 14, se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa para todos los ciudadanos”; Sentencia 27/1982, de 24 de mayo: “La condición de noble no puede mantener hoy su axiología como un sistema referencial socialmente dominante, pues aseveraciones como ésta van contra la idea de igualdad, proclamada en nuestra Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento. Pero de ahí no se puede inferir que a la hora de condicionar la adquisición por vía hereditaria de un título nobiliario haya de considerárs como discriminatorio e inconstitucional el hecho de casar con noble, ya que no siendo inconstitucional el título nobiliario tampoco puede serlo supeditar su adquisición por vía sucesoria al hecho de casar con noble”; Sentencia 43/1982, de 6 de julio: “El principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionatorio pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni de su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la ley”; Sentencia 49/1982, de 14 de julio: “El artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva”; Sentencia 59/1982, de 28 de julio: “Para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados”; Sentencia 61/1982, de 13 de octubre: “El antejuicio en querellas contra Magistrados o jueces no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad porque, en ningún caso, permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querellados”; Sentencia 65/1982, de 10 de noviembre: “La disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación del ámbito internacional, por lo que no puede ser utilizado para deducir si ha habido una discriminación al escoger el criterio de designación de las Centrales sindicales más representativas”; y, Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre: “La existencia de diferencias de trato jurídico no significa por sí sola violación del artículo 14 de la Constitución, siempre que la diferencia posea una justificación razonable, de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra”.

3.3.1. El Derecho Fundamental a la Igualdad. La Igualdad Formal.

Preciso es reconocer que la igualdad jurídica ha sido una aspiración reiteradamente frustrada a lo largo de la historia, porque pugna con una realidad evidente: la denominada desigualdad “natural”⁶¹⁸.

Las cualidades personales identifican al individuo y lo diferencian de los demás. Cabe, entonces, el planteamiento de la pregunta ¿es posible, entonces, la igualdad entre desiguales?

Ciertamente, el primer paso para comprender la complejidad de esta cuestión radica en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Al tratarse de un atributo común a todos los seres humanos, es posible formalizar un principio de *igualdad ontológica* de todas las personas que, en un plano jurídico, permite afirmar la igualdad formal, es decir, la eliminación y supresión de privilegios originarios de carácter estamental o similares y la instauración de la igualdad formal *ante* la ley y *en* la ley.

La evolución de este principio, mediante la supresión de discriminaciones tradicionales por razones naturales⁶¹⁹ ha sido lento pero constante y ha dado paso a una conquista de indudable trascendencia: la igualdad real y efectiva, donde es posible compatibilizar la igualdad formal con acciones positivas y medidas de igualdad material para superar las desigualdades originarias naturales o culturales. En este proceso, arduo y difícil, se ha puesto en primer plano la lucha por la igualdad, la aplicación de la igualdad real y efectiva en un ámbito concreto: el género, aunque esta igualdad va más allá, debe enfatizarse, de la sola discriminación por razón de género⁶²⁰.

3.3.1.1. Presupuestos Históricos.

Ahora bien, la igualdad, como ya se comentó *ut supra*, reconocida como presupuesto de los Derechos del Hombre, tiene sus orígenes en la proclamación

⁶¹⁸ Sin embargo, Pérez Royo es de la opinión que “La desigualdad y la igualdad no existen [...] Naturalmente los individuos no son ni desiguales ni iguales. Son simplemente diferentes. La desigualdad y la igualdad no existen en la naturaleza. Son exclusivamente políticas”. El autor destaca que, en todo caso, lo “casi natural” sería el paso de la diferencia individual a la desigualdad, proceso que no ocurre con la igualdad. PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, p. 215.

⁶¹⁹ La raza, el sexo, entre otras.

⁶²⁰ En párrafos posteriores se tendrá la oportunidad de ampliar un poco más cuestión.

francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sin negar cierta influencia de las Declaraciones americanas⁶²¹. La primera formulación de la igualdad como principio jurídico formal se encuentra en el artículo 6 de la citada Declaración⁶²², al establecer que la ley debe ser la misma para todos.

La Declaración francesa, aprobada por la Asamblea Nacional en agosto de 1789, establece en su artículo I que: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”*. Este precepto proclama la igualdad jurídica y de derechos de todos los hombres, además de establecer que no deben existir distinciones sociales, hereditarias, ni de órdenes ni ninguna otra superioridad fuera de la de los funcionarios públicos en el cargo de sus funciones, pretendiendo acabar con las situaciones de privilegio existentes del *Ancien Régime*, para convertirlos en un solo estamento: el de los ciudadanos.

Como se ha comentado anteriormente, en los presupuestos históricos, será Rousseau quien manifieste este concepto de igualdad con restricciones, porque sólo se imparte igualdad entre ciudadanos, excluyendo, por lo tanto, a todos aquellos que no entran dentro de la clasificación de ciudadanos⁶²³.

La nación tal y como hoy la conocemos, fue desconocida en la Edad Media, y todavía en el siglo XVIII los vínculos eclesiásticos y dinásticos aparecían en la política mucho más fuertes que los nacionales. Hasta la época del capitalismo avanzado no se constituyen los pueblos en naciones. Es a partir de la Revolución francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción frente a éste, cuando las naciones, en creciente medida, aparecen como las más importantes fuerzas formadoras del Estado⁶²⁴.

⁶²¹ Declaración de Virginia de 1776, en su artículo 1, que a la letra indica: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres”, y con un aspecto más específico el artículo 16, donde se establece que “Todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión”. El principio de la igualdad jurídica se establecerá de una forma más genérica en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, misma que en su anexo hará referencia a que todos los hombres son creados iguales. Sobre las influencias recíprocas de las declaraciones americana y francesa *Cfr.*, de manera general, JELLINECK, J., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, 1908.

⁶²² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo 6 que “La ley [...] debe ser la misma para todos. Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades”.

⁶²³ Recuérdese, al efecto, las antiguas distinciones entre ciudadano y no ciudadano, incorporando a esta última condición, reconocidas y sancionada *ex lege*, a los esclavos, las mujeres y los niños, entre otros.

⁶²⁴ CHÁTELET, F., *Historia del Pensamiento Político*, Madrid, 1992, pp. 83 y ss.

A estos efectos, pueden considerarse dos tipos de nacionalismos: por un lado, el de tipo político; y por otro, el de carácter cultural. La evolución del nacionalismo cultural al nacionalismo político es preciso situarlo en un momento concreto: la ocupación alemana por las tropas francesas dirigidas por Napoleón y las guerras subsiguientes⁶²⁵. Durante este período, “la conciencia de la identidad nacional, que hasta entonces había entendido a Alemania como una nación cultural, es decir, de una comunidad unida por los vínculos de la lengua y de la cultura, y que había sido protagonizada por nobles y burgueses, se extendió a otros estratos sociales, como las capas populares y las mujeres”⁶²⁶.

Pero la unificación del nacionalismo alemán, la idea de Estado Nacional alemán, se logrará gracias a Von Bismarck, a inicios de la década de 1870, pero será una fórmula claramente discriminatoria, pues “por una parte, no incluía a todos los alemanes, pues los austríacos habían quedado fuera del nuevo estado, y, por otro, utilizó el concepto de nación para perseguir y discriminar, en el interior, a grandes sectores de la ciudadanía: la guerra cultural o civilizatoria contra los católicos y la persecución de los socialistas y del movimiento obrero, durante las primeras décadas del nuevo Estado nacional, se basaban en definitiva, en un concepto discriminatorio, no igualitario, de nación”⁶²⁷, inclusive, en la segunda mitad del siglo XIX se produjo una evidente transformación del nacionalismo alemán, convirtiéndose en sinónimo de antiliberal⁶²⁸.

La discriminación, como rasgo esencial de la ideología nacionalista, se hizo patente en la evolución del nacionalismo alemán, mismo que hizo “enemigos” de la nación alemana a los obreros, a los judíos, a los socialistas y a los polacos de la zona oriental de Alemania. En este proceso de identificación de la nación alemana, el partido nacionalsocialista, fundado en 1919, como partido obrero alemán, añadirá, a los elementos culturales precedentes, el concepto de raza y la consiguiente persecución de las etnias calificadas como inferiores: judíos, polacos, gitanos, entre otras, con los desastrosos efectos que se conocen⁶²⁹.

⁶²⁵ Este período es el comprendido entre el año 1806 a 1813. Cfr. SOUTO PAZ, J. A., *Constitución Europea e Identidad Cultural*, Fundación Seminario de Derecho Romano “Urciso Alvarez”, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, XV, Madrid, 2003, p. 106.

⁶²⁶ ABAD, F., Voz “Alemania”, en *Enciclopedia del Nacionalismo*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 28.

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ *Idem.*

⁶²⁹ SOUTO PAZ, J. A., *op. cit.*, p. 119.

La transformación del nacionalismo cultural en nacionalismo político y el reconocimiento de ciertos elementos culturales como identitarios de la comunidad política constituyen el aspecto básico de la ideología nacionalista y su radical incompatibilidad con todo sistema que se precie democrático, ya que éste condena y prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición⁶³⁰.

3.3.1.2. Incorporación del Principio de Igualdad en el Derecho Convencional Internacional.

Como se evidencia del análisis *grosso modo* del anterior apartado, a lo largo de la historia se ha ido produciendo una gran evolución del concepto de igualdad que no puede soslayarse en modo alguno.

Así, con el paso del tiempo se ha ampliado su significado, incluyendo, en distintos momentos históricos, aquellas personas o grupos sociales que por motivos de raza, sexo o religión, estaban excluidos.

La igualdad ha sido reconocida, en lo que pudiérase denominar “internacionalización del principio de igualdad”, en todos los textos de naturaleza convencional internacional como un auténtico derecho.

En dichos instrumentos se hace mención a la igualdad desde diferentes aspectos y distintas posiciones y en relación a numerosas prerrogativas que se reconocen a todos los seres humanos y que constituyen obligaciones vinculantes para todos y cada uno de los Estados Parte en las mismas.

Lo anterior ha posibilitado, sin lugar a dudas, la ampliación de su significado hasta su reconocimiento como un auténtico derecho humano, con una verdadera dimensión universal. De esta forma, todas las personas son titulares de los mismos derechos humanos, sin que quepa discriminación injusta por motivos de raza, sexo, opinión política o religión.

La referencia a las Declaraciones internacionales de derechos se justifica, no sólo por la influencia de las mismas en el reconocimiento de los derechos fundamentales en los diferentes Estados, sino también porque, incluso, algunas

⁶³⁰ Véase, *ad exemplum*, el contenido del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Constituciones exigen que la interpretación de los derechos fundamentales se realice conforme a las declaraciones internacionales⁶³¹, e inclusive, a los instrumentos convencionales internacionales cuyo objeto y fin es, precisamente el reconocimiento y protección de derechos humanos de fuente internacional⁶³².

De esta manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 inicia con la proclamación, en su artículo 1º, del principio de igualdad y no discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2º⁶³³. Asimismo, a través del reconocimiento concreto de determinados derechos, se hace referencia explícita a que los mismos han de ejercerse en condiciones de igualdad. Así, por ejemplo, en el artículo 16, se establece que los hombres y mujeres disfrutarán de iguales derechos en el matrimonio⁶³⁴.

El reconocimiento en la Declaración Universal, y en otros textos internacionales, de la igualdad de todos los seres humanos y la consiguiente condición de titulares de los mismos derechos humanos, plantea una cuestión previa ¿por qué hay una atribución especial de derechos a favor de algunos colectivos? ¿Por qué existe una mayor protección de los derechos de algunos grupos sociales? Ciertamente, la razón se encuentra en el hecho de que estos

⁶³¹ Dicha técnica exegética se conoce como interpretación conforme, y, además de estar prevista en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, ha sido incorporada a Constituciones como la boliviana, colombiana, peruana y, más recientemente, la mexicana (artículo 1º.). Cfr. CABALLERO OCHOA, J. L., “La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Persona* (Artículo 1º, Segundo Párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 103-133; del mismo autor, *La Interpretación Conforme. El Modelo Constitucional ante los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2013.

⁶³² En este aspecto, Ferrer-MacGregor indica: “No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona* y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”. FERRER-MACGREGOR, E., “Interpretación Conforme y Control Difuso de Constitucionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011, p. 550.

⁶³³ Cuyo texto especifica: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición”. Este dispositivo, por tanto, hará referencia a que ninguna condición del hombre será origen o límite de los derechos humanos, idea que es recogida por HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M., *Los Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona, 1978. En particular, sobre la igualdad por razón de sexo. Cfr. TUR AUSINA, R., “Igualdad y No Discriminación por Razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de Evolución hacia el Género en el Contexto de la Mundialización de las Estrategias para la Igualdad de Mujeres y Hombres”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 11, 2008, pp. 247 y ss.

⁶³⁴ Estos derechos son el derecho al uso del matrimonio, el derecho a la comunidad de vida, el derecho a la educación de los hijos.

grupos sociales sufren una situación fáctica de desigualdad por razón de su indefensión, motivo por el cual se han reconocidos derechos para que protejan las específicas necesidades tuitivas de los afectados.

En el caso específico de las mujeres, la razón es obvia, habiéndose analizado previamente⁶³⁵, porque se ha visto discriminada a lo largo de toda la historia en relación con el hombre. Esta circunstancia justifica que se confiera a la mujer una especial consideración, en relación con sus necesidades y exigencias, encaminada a eliminar su situación de inferioridad, tanto en el campo económico como profesional. Esta situación de inferioridad ha exigido, incluso, la promulgación de nuevas leyes destinadas a proteger la integridad física de la mujer y a posibilitar la igualdad de oportunidades en muy diversos ámbitos.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconoce, *expressis verbis*, el principio de igualdad de mujeres y hombres⁶³⁶.

Asimismo, se han establecido mecanismos de control y garantía para que los Estados presenten informes periódicos al Consejo de Derechos Humanos⁶³⁷ donde se debe incluir información sobre las medidas adoptadas⁶³⁸. Del mismo modo, se han instaurado mecanismos de garantía en tratados de alcance universal⁶³⁹, entre ellos los informes de los relatores especiales. A pesar de que los informes finales no tienen valor jurídicamente obligatorio, el impacto político de estos informes, en los que se desvelan vulneraciones de derechos humanos en los diferentes países, y su valor moral, tienen una indudable influencia, dando

⁶³⁵ Especialmente en los capítulos primero y segundo de esta investigación.

⁶³⁶ Artículo 3.

⁶³⁷ Como se sabe, el Consejo de Derechos Humanos sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos, este último, mecanismo de monitoreo para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados de conformidad con el Sistema Universal de Derechos Humanos, y que funcionó en el período comprendido de 1946 a 2006. El Consejo de Derechos Humanos tiene su base constitutiva en la Resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 15 de marzo de 2006, e inició sus funciones ese mismo año, inmediatamente después de la elección de sus 47 integrantes, el 9 de mayo. BOYLE, K., "The United Nations Human Rights Council: Origins, Precedents and Prospects", en BOYLE, K., *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 33.

⁶³⁸ Es el denominado Mecanismo de Revisión Periódica Universal. Para un análisis más detallado de las características específicas de este instrumento. BERNAZ, N., "Reforming the UN Human Rights Protection Procedures: A Legal Perspective on the Establishment of the Universal Periodic Revision Mechanism", en BOYLE, K., *op. cit.*, pp. 75-92.

⁶³⁹ Como por ejemplo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973), y especialmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), cuyo análisis fue realizado en detalle en el capítulo segundo *ut supra*.

lugar a que los Estados, en muchas ocasiones, tengan que rectificar la legislación o el comportamiento de las administraciones públicas.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se prevé, también, auténticos derechos subjetivos, llevando a la igualdad a un plano ajeno por completo a los antiguos esquemas liberales para situarla en la igualdad sustancial, en la equiparación de las condiciones materiales de vida⁶⁴⁰. Así, se establece la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color o sexo⁶⁴¹. De la misma forma se establece, como obligación convencional, el reconocimiento de la igualdad de mujeres y hombres⁶⁴², y se traslada a la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo⁶⁴³.

En este sentido, Canosa comenta que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, esta igualdad no es absoluta sino de mínimos, el equilibrio en las situaciones económicas y sociales que sin eliminar del todo –lo que sería imposible– las desigualdades materiales, impida que éstas operen como obstáculos en el ejercicio de los derechos, haciéndolo imposible⁶⁴⁴.

Asimismo también comenta dicho autor que tanto la Declaración de 1948, como el Pacto de 1966, ofrecen ambos un marco normativo internacional plenamente comprometido con la garantía de la igualdad, entendiendo ésta como igualdad en la titularidad de los derechos. Y al lado de esta igualdad formal se despliega la cobertura normativa necesaria para el logro de la igualdad sustancial que, mejorando las condiciones materiales de vida de los seres humanos, permita a todos el ejercicio pleno de sus derechos⁶⁴⁵.

La Organización Internacional del Trabajo reconoce, en varios de sus textos, la igualdad. En unos casos, se reconoce la igualdad y no discriminación por motivo de la edad. Así ocurre en la primera recomendación de 1980, la 162, sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los Trabajadores sin

⁶⁴⁰ CANOSA USERA, R., “Igualdad y No Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 11, 2008.

⁶⁴¹ Artículo 2.2. del Pacto.

⁶⁴² Artículo 3 del Pacto.

⁶⁴³ Artículo 7 del Pacto.

⁶⁴⁴ CANOSA USERA, R., en *loc. cit.*, p. 45.

⁶⁴⁵ *Idem.*

Discriminaciones por Razón de la Edad⁶⁴⁶. El apartado II de dicho instrumento declara que: “sea cual fuere su edad [...]... todo miembro (de la Organización) debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación”. En otros casos, la Organización Internacional del Trabajo reconoce la igualdad o no discriminación por razón de sexo, como ocurre en el Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 1981⁶⁴⁷.

En el preámbulo de dicho instrumento convencional, se declara que, en los términos que señala la Declaración de Filadelfia⁶⁴⁸, relativa a los fines y objetivos de esta agencia especializada de las Naciones Unidas, se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”⁶⁴⁹. Es decir, este Convenio reconoce la igualdad a lo largo de todo su articulado, en aras a conseguir la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras.

Por su parte, el Convenio sobre la Conservación de los Derechos en Materia de Seguridad Social de 1982⁶⁵⁰, hace referencia a las disposiciones del Convenio sobre la Igualdad de Trato de la Seguridad Social de 1962⁶⁵¹, que trata, además, de la igualdad de trato, de la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos.

Las discriminaciones negativas han sido invocadas en el ámbito internacional con la Declaración sobre la Eliminación de Discriminación contra la

⁶⁴⁶ Adoptada en Ginebra, Suiza, en el marco de la 66ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 23 de junio de 1980.

⁶⁴⁷ Convenio 156, adoptado en Ginebra, Suiza, en el marco de la 67ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 23 de junio de 1981.

⁶⁴⁸ Adoptada el 10 de mayo de 1944 en dicha ciudad norteamericana.

⁶⁴⁹ Se basará en la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y de la resolución relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y trato para las trabajadoras, adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975. También hará referencia este preámbulo de las disposiciones y recomendaciones internacionales del trabajo que tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, especialmente del Convenio y la Recomendación sobre la igualdad de remuneración, 1951; del Convenio y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, de los cuales tomará nota este Convenio.

⁶⁵⁰ Convenio 157, adoptado en Ginebra, Suiza, en el marco de la 68ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 21 de junio de 1982.

⁶⁵¹ Convenio 118, adoptado en Ginebra, Suiza, en el marco de la 46ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 28 de junio de 1962.

Mujer de 1967, que establece: “la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana”⁶⁵²; de similar manera, el mismo instrumento garantiza la protección de los derechos de la mujer y declara que se deberán adoptar las medidas adecuadas con el fin de abolir toda ley, costumbre, reglamento o práctica que pudiera suponer una discriminación en contra de la mujer y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y de la mujer⁶⁵³.

En particular, reitera la Declaración, se deberá establecer el principio de igualdad de derechos en todas las Constituciones o, al menos, se garantizará por ley. Asimismo, el texto indica que se aceptarán los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de los organismos especializados relativos a la eliminación de la discriminación en contra de la mujer, permitiéndolo mediante la ratificación o adhesión y aplicándolo plenamente tan pronto como sea posible.

En esta Declaración se regulan todos los derechos sociales, políticos y culturales enfatizando que la igualdad de todos ellos debe constituirse en las relaciones entre hombres y mujeres.

Ejemplo de la aplicación de esta Declaración son algunas experiencias constitucionales cuya mención es relevante, pues en todas ellas se proclama la protección de estos derechos respecto a la mujer.

3.3.1.3. La Recepción del Principio de Igualdad en el Ámbito Constitucional. Algunos Ejemplos de Derecho Comparado.

Con la intención de proporcionar un panorama de la recepción de la igualdad como norma de rango constitucional, se revisan a continuación algunos ejemplos relevantes.

En un primer momento, la Constitución italiana regula la igualdad del hombre y de la mujer en el ámbito político, laboral y familiar, en igualdad de

⁶⁵² Artículo 1 de la Declaración.

⁶⁵³ Artículo 2 de la Declaración.

condiciones, igualdad de retribución e igualdad en el desempeño de cargos públicos⁶⁵⁴.

La Constitución de Brasil también regula todos estos derechos, enfatizando la prohibición de diferencias salariales, igualdad en la licitación pública⁶⁵⁵.

Por su parte, la Constitución de México de 1917, también incorpora la igualdad a su contenido, pues no sólo se mandata la prohibición general de todo tipo de discriminación, sino, además, se establece la prohibición de discriminación laboral por motivo de sexo⁶⁵⁶.

A su vez, la Constitución Española de 1978 reconoce, en su artículo 14, la igualdad y no discriminación, y prohíbe todo tipo de discriminación, incluyendo la motivada por razón de sexo⁶⁵⁷. Además establece una enumeración taxativa de motivos de no discriminación, contemplando una lista que no es cerrada – *numerus apertus*–, pues incluye la expresión “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Cabe recordar, en este sentido, lo que anteriormente se indicaba que tal redacción, tan amplia, no puede llevar a considerar cualquier motivo como discriminatorio, pues deben existir causas considerablemente razonables.

En la experiencia constitucional francesa, además de la ya mencionada disposición del artículo I de la Declaración de Derechos del 26 de agosto de 1789⁶⁵⁸, el vigente texto de la Ley Fundamental francesa establece “Francia es una República individual, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la

⁶⁵⁴ Constitución Italiana, Artículo 29 “El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia”; Artículo 37 “La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada [...]”; Artículo 51 “Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la ley [...]”.

⁶⁵⁵ Constitución de Brasil, Artículo 3 IV “Principio de igualdad ante la ley y no discriminación [...]”; Artículo 37, fracciones XXI y XXX; así como el Artículo 226, que regula la igualdad en el ámbito conyugal.

⁶⁵⁶ Artículo 123, VII “Para el trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo, ni nacionalidad”.

⁶⁵⁷ El referido dispositivo señala: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶⁵⁸ Es interesante destacar que la posterior Declaración de 1793 expresamente se declara que “El gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles” (art. 1). Entre estos derechos se menciona la igualdad, pero quién es el destinatario del precepto. La ausencia de la expresión “mujer” y del término más amplio de “persona” puede conducir a que la interpretación es más bien restrictiva. La misma terminología será utilizada en el artículo 3, cuyo texto indica que “todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley”. La legislación revolucionaria posterior resuelve la duda, pues excluye a las mujeres de los derechos reconocidos a los hombres.

ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o de religión y respeta todas las creencias”⁶⁵⁹.

En la experiencia constitucional norteamericana, la discriminación por motivo de raza fue eliminada mediante la Enmienda XIII de 1865, que proscribe la esclavitud y, en 1868, cuando se estableció que toda persona que se encuentre dentro de los límites jurisdiccionales se le aplicará la protección de las leyes por igual.

En 1870 se establece el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos para todos, sin distinción alguna de raza, color, ni su anterior condición de esclavos. Pero se mantiene, sin embargo, la exclusión de la mujer del derecho de sufragio. Este camino fue seguido por los demás países consiguiendo abolir la discriminación por motivo de raza⁶⁶⁰, permitiéndoles los mismos derechos que a los demás ciudadanos varones.

Hasta 1917 la mujer continuará discriminada en los dos ámbitos clásicos en los que se encontraba en inferioridad con el hombre: en el ámbito político, pues no se le reconocerá el derecho al voto, y la igualdad en el ámbito familiar, en el que se mantiene la prevalencia del marido sobre la mujer.

Desde la perspectiva comparada, el derecho de la mujer a votar será reconocido paulatinamente, introduciéndola de algún modo en el ámbito político e igualando sus derechos a los del hombre, tanto en el ámbito político como familiar, hasta llegar a nuestros días, donde se está logrando un reconocimiento público de la mujer⁶⁶¹.

Las discriminaciones negativas que se fueron suprimiendo con el paso de los años mediante los textos constitucionales, superaron los obstáculos que les imponían por motivos de raza, sexo y religión, acabando con la distinción de clases, estamentos, y llegando a abolir todo tipo de jerarquía.

⁶⁵⁹ Artículo 1 de la Constitución de 4 de octubre de 1958.

⁶⁶⁰ Es importante destacar, en este aspecto, lo que señala el Artículo 1 la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1963, cuyo texto destaca: “La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”.

⁶⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *et al.*, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 124.

Sin embargo, las discriminaciones por motivo de sexo fueron las últimas en ser modificadas, aunque también fueron reguladas por todas las Constituciones.

Ciertamente, como se puede apreciar, la mujer ha sufrido a lo largo de la historia una de las mayores discriminaciones, pues no se le han reconocido, al contrario que a los varones, los derechos ciudadanos, porque no se le ha considerado como tal. Esta ausencia, sin embargo, no se limita al siglo XVIII, el siglo de las grandes declaraciones de derechos del hombre, donde claramente no se les reconocían estos derechos, ya que hasta el siglo XX no se le reconocerán los derechos políticos y sociales de los que gozaba el varón, como se ha analizado anteriormente.

3.3.1.3.1. Especial Referencia a la Experiencia Jurídica Europea.

En el ámbito europeo⁶⁶², el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado por los Estados integrantes del Consejo de Europa⁶⁶³, ha sido un instrumento ciertamente muy efectivo para la protección, *in genere*, de las prerrogativas individuales.

El Convenio estableció un mecanismo judicial de garantías de los derechos civiles y políticos que poco antes habían sido proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ello supuso un gran progreso garantista en relación con la propia Declaración que, por la naturaleza del instrumento jurídico utilizado, había sido creada más bien como un documento de naturaleza recomendatoria.

⁶⁶² Al respecto, de la vasta literatura que existe, puede verse la siguiente: Figueroa Bello, A., “No Discriminación por Razón de Sexo e Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en la UE”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A., e IBÁSÑEZ MARTÍNEZ, M. L., *El Reto de la Efectiva Igualdad de Oportunidades*, Comares/Universidad de Salamanca, Granada, 2006; FREIXES SANJUAN, T., “Constitución, Tratado de Amsterdam e Igualdad entre Hombres y Mujeres”, en PALOMINO MANCHEGO, J. F. y REMOTI CARBONELL, J. C., *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 2002; FREIXES SANJUAN, T., “La Igualdad entre Mujeres y Hombres en el Proceso de Integración Europea”, en FREIXES SANJUAN, T., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 45; SÁENZ LARA, C., “Igualdad Ante la Ley y No Discriminación: Las Políticas de Género”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V., *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch/Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 746; y, SANTAOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J., *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁶⁶³ La adopción del Tratado se verificó el 4 de noviembre de 1950.

En relación con la igualdad, es conveniente destacar que el Convenio de Roma establece la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidas en dicho instrumento internacional⁶⁶⁴.

Ahora bien, en el contexto de la integración económica y política europea, el Tratado constitutivo de la Unión Europea⁶⁶⁵, reconoce, entre sus objetivos, el refuerzo de “la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de una ciudadanía europea”⁶⁶⁶.

Aunque a la ciudadanía europea se le atribuyeron un número muy limitado de derechos⁶⁶⁷, se declara *expressis verbis* que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de la misma forma –es decir, con el mismo nivel– como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho Comunitario⁶⁶⁸. Ello implica que no hay restricción –en sentido de discriminación– por ninguna causa o razón.

Así, *ad exemplum*, y en relación con el ámbito laboral, se declara expresamente el principio de igualdad de retribuciones de los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos, prohibiendo cualquier tipo de trato discriminatorio en este ámbito.

A su vez, el Tratado de Ámsterdam⁶⁶⁹ introdujo una importante y significativa tarea en el ámbito de la Comunidad Europea entre los objetivos relacionados con los derechos de los ciudadanos, destacando la obligación convencional de promoción de la igualdad.

De esta forma, y en la perspectiva del presente estudio, la supresión de las desigualdades entre mujeres y hombres se convierte en una política horizontal y transversal que debe tenerse en cuenta en el quehacer de toda la

⁶⁶⁴ Artículo 14, que a la letra indica: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio han de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁶⁶⁵ Adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

⁶⁶⁶ Artículo B del Título I.

⁶⁶⁷ De manera enunciativa, pueden señalarse el derecho a la libre circulación y residencia; el derecho al sufragio, activo y pasivo, en las elecciones municipales; el derecho a la protección diplomática; así como el derecho de petición.

⁶⁶⁸ Artículo E.

⁶⁶⁹ Cuya entrada en vigor tuvo verificativo el 1 de mayo de 1999.

administración⁶⁷⁰. Se confirma, asimismo, la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea⁶⁷¹ y a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁶⁷² y, por consiguiente, el reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos europeos.

El Consejo Europeo de Niza⁶⁷³ proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cumpliendo, así, el acuerdo adoptado en el Consejo Europeo de Colonia⁶⁷⁴, de proceder a la elaboración de un instrumento que tuviera como objetivo dar a conocer a todos los ciudadanos europeos sus derechos y prerrogativas⁶⁷⁵.

En el apartado que la Carta⁶⁷⁶ dedica a la igualdad, se ratifica, como regla general, que todas las personas son iguales ante la ley⁶⁷⁷.

A su vez, se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual⁶⁷⁸.

Sin embargo, se compatibiliza el principio de igualdad y la consiguiente prohibición de discriminación negativa con las acciones positivas. En concreto, se permite el despliegue de tales acciones cuando sean hechas a favor del menor⁶⁷⁹, de las personas mayores⁶⁸⁰ y de las personas discapacitadas⁶⁸¹. Estas acciones positivas se extienden a la igualdad entre hombres y mujeres⁶⁸², con la salvedad de que la garantía de la misma, en todos los ámbitos, sea compatible,

⁶⁷⁰ ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las Acciones Positivas para la Igualdad de Oportunidades Laborales entre Mujeres y Hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

⁶⁷¹ Adoptada en Turín, el 18 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

⁶⁷² Adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

⁶⁷³ Efectuado los días 7 al 10 de diciembre de 2000 en dicha ciudad francesa.

⁶⁷⁴ Verificado en dicha ciudad los días 3 y 4 de junio de 1999.

⁶⁷⁵ La Carta distribuye los derechos correspondientes en seis capítulos: 1. Dignidad de la Persona Humana; 2. Libertades; 3. Igualdad; 4. Solidaridad; 5. Ciudadanía; y, 6. Justicia

⁶⁷⁶ La bibliografía sobre la carta es ingente. *Cfr.*, por todos, SOUTO PAZ, J. A., “Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista del Poder Judicial*, Núm. 61, 2001, pp. 63-85. También es recomendable la lectura de MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L., *La Europa de los Derechos. Estudios Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012; así como GIANNITI, P., *I Diritti Fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Niza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli Editore/Il Foro Italiano, Bologna/Roma, 2013.

⁶⁷⁷ Artículo 20.

⁶⁷⁸ Artículo 21.

⁶⁷⁹ Artículo 24.

⁶⁸⁰ Artículo 25.

⁶⁸¹ Artículo 26.

⁶⁸² Artículo 23.

sin embargo, con el “mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”⁶⁸³.

En este mismo contexto, no puede soslayarse que la legislación comunitaria contempla una serie de Directivas dedicadas a la igualdad del hombre y de la mujer en el ámbito laboral y con la finalidad de erradicar las discriminaciones por razón de sexo⁶⁸⁴.

De esta manera, las iniciativas de la Unión Europea han ido encaminadas a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, desarrollando legislación y programas de promoción de las mujeres, para conseguir un avance en el desarrollo laboral de las mujeres y buscando la equidad en el ámbito laboral entre mujeres y hombres.

Con ello se ha intentado conseguir la independencia económica de la mujer, pues se considera que la igualdad es poder acceder a un trabajo estando en situación de igualdad de condiciones. De este modo, se intenta promocionar a la mujer en el ámbito laboral, pues todos tienen derechos a la igualdad de oportunidades y a la igualdad en el desarrollo profesional. Por ello es necesario

⁶⁸³ Artículo 23.2.

⁶⁸⁴ La recopilación de tales Directivas está disponible en la siguiente página web http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c10935_es.htm [accesada el 30 de abril de 2014]. Las más relevantes son las siguientes: Directiva 75/117/CEE del Consejo, 10 de febrero de 1975, Relativa a la Aproximación de las Legislaciones de los Estados Miembros que se Refieren a la Aplicación del Principio de Igualdad de Retribución entre los Trabajadores Masculinos y Femeninos; Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, Relativa al Igual Trato entre Mujeres y Hombres en Relación con el Acceso al Empleo, Formación, Promoción Profesional y Condiciones de Trabajo (Reformada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002); Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978. Igualdad de trato para hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social; Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE); Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996. Relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de la seguridad social; Directiva 97/80/CE del Consejo, 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su o r i g en racial o étnico; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y, Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

que se justifiquen las diferencias de trato con una justificación objetiva y razonable⁶⁸⁵.

La existencia de todas estas distinciones y discriminaciones respecto a la mujer ha producido la creación de numerosas normas, directivas, y acciones llevadas a cabo para la promoción de igualdad entre hombres y mujeres⁶⁸⁶.

Una vez que se llevó a cabo toda esta legislación comunitaria en relación con la igualdad formal, se tuvo conciencia de que se necesitaba tomar otro tipo de medidas para lograr la igualdad real o efectiva, por lo que, en el segundo programa de acción comunitario para la promoción de la igualdad de oportunidades a favor de las mujeres (1986-1990) *“se financiaron acciones positivas y proyectos pilotos que permitieron ampliar el campo de acción comunitario a ámbitos como la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, el acceso a nuevas tecnologías, la participación de las mujeres en la vida económica y en la promoción del acceso al empleo”*⁶⁸⁷.

Claramente, el objetivo de la Unión ha ido constantemente encaminado a extender sus medidas a los más amplios y variados campos de acción, anticipando, sin mencionarse como tal, la transversalidad de género.

La normativa europea ha sido, en tal sentido, un apoyo constante al desarrollo de la mujer como participe en la vida pública, laboral y política, facilitando los medios para poder promocionarse y permitiéndole un campo cada vez más amplio en el ámbito laboral⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, *Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt*.

⁶⁸⁶ III Plan para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. 1997-2000. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2003.

⁶⁸⁷ Manual de referencias sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Para el personal directivo, docente y no docente de enseñanza primaria y secundaria en los países de la Unión Europea. Con el apoyo de la Unión Europea, Dirección General XXII, Educación, formación y juventud. Enero de 1998. S.A.F.E. Servicio de Acción en Formación de Empleo.

⁶⁸⁸ TUR AUSINA, R., “Las Políticas de Igualdad de Género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”, en AA.VV., *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Iustel, Madrid, 2009. En el que se establece una relación de las diversas documentos comunitarios sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, complementa las anteriores, incidiendo en otros elementos de protección social como las enfermedades, la invalidez, la vejez, los accidentes laborales, etc.; Decisión 82/437/CEE relativa a la creación de un Comité Consultivo para la Igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres; Resolución de 12 de julio de 1982 CEE sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer; Resolución 84/C161/02 CEE relativa a las acciones encaminadas a combatir el paro de las mujeres; y, Resolución adoptada por el Consejo y los Ministros de Educación reunidos en el Consejo el 6 de junio de 1985, incluye un programa de acción para la igualdad de oportunidades de las jóvenes y de los jóvenes en lo que se refiere a educación.

3.3.2. La Igualdad Real y Efectiva. Las Acciones Positivas.

Las acciones positivas son la traducción en Europa de lo que en los Estados Unidos de Norteamérica se denominó *affirmative action*⁶⁸⁹.

La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles define esta expresión como *"cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en un futuro"*.

Por lo tanto, lo que pretende es acabar con toda discriminación existente, favoreciendo a todo aquél que se hubiera encontrado en situación de desventaja.

También es importante destacar en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional que las acciones positivas encuentran su fundamentación en la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁹⁰, cuyo artículo 4.1 dispone que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato".

Es importante hacer referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995 en el caso *Kalanke* que, en aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, señala no conforme al ordenamiento jurídico comunitario la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres. Esta sentencia plantea el problema de la llamada acción positiva, tema en el cual hay que distinguir la llamada acción positiva, así como de las medidas protectoras, que tienden a reproducir patrones

⁶⁸⁹ Tiene su origen en una ley estadounidense de 1935, que dio lugar a una serie por parte de la administración estadounidense para eliminar las discriminaciones de las minorías (raza, color, sexo, religión).

⁶⁹⁰ Mejor conocida por sus siglas en inglés: CEDAW.

socioculturales vinculados a la discriminación favorable y a perpetuar la posición de inferioridad⁶⁹¹.

Por este motivo, es importante destacar algunos términos relativos a la discriminación por razón de sexo, como recoge la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su artículo 6, entre los que podemos encontrar la discriminación directa, que es aquella situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Un claro ejemplo sería el de la retribución económica, es decir, que por un trabajo igual se vea discriminada económicamente la mujer, por el simple hecho de ser mujer.

Se consideran discriminaciones indirectas por razón de sexo aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Las acciones positivas, como define la Ley Orgánica 3/2007, tienen como finalidad hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad; por ello, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso⁶⁹².

También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar ese tipo de medidas en los términos establecidos en la ley.

Estas medidas específicas a favor de las mujeres adoptadas por los Poderes Públicos, podrían, aparentemente, considerarse inconstitucionales, ya que dan un trato favorecedor a las mujeres.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria, considerando todas aquellas situaciones y momentos que ha vivido la mujer en clara inferioridad respecto al

⁶⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, caso *Stoeckel*, en la que el Tribunal se pronuncia sobre la falta de justificación de la prohibición de trabajo nocturno a las mujeres.

⁶⁹² Artículo 11.

hombre, ha podido constatar que estas acciones positivas no son contrarias al principio de igualdad, sino que son medidas adoptadas para corregir situaciones de clara discriminación⁶⁹³.

Las acciones positivas son aquellas acciones tendientes a favorecer a aquellas personas que se encuentran en situación de inferioridad y que erradican las desigualdades existentes, teniendo un carácter temporal y transitorio⁶⁹⁴. Las medidas de igualdad material son aquellas que tienen que llevar a cabo actuaciones vinculadas a la discriminación favorable y acabar con la inferioridad existente.

En relación con las acciones positivas que se produjeron con motivo de estos cambios, es importante señalar que sólo se recoge este tipo de discriminación en la Constitución española en relación con el artículo 9.2, así como en la Constitución de Brasil y en la Constitución de México, ambas con motivo de las medidas que se adoptan respecto a la situación de la mujer por baja maternal⁶⁹⁵.

La igualdad material, real y efectiva parece permitir la justificación de desigualdades formales en aras de la consecución de la igualdad real, pues, de acuerdo con el art. 9.2 de la Constitución española, “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La igualdad material o real se convierte en una característica básica del Estado Social de Derecho en el que quien ejerce el poder tiene que tener en cuenta la posición real de la ciudadanía para actuar en consecuencia y conseguir

⁶⁹³ ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las Acciones Positivas para la Igualdad de Oportunidades Laborales Entre Mujeres y Hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003. En la Sentencia *Badeck y otros*, de 2000, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera que tiene sentido adoptar medidas para la promoción profesional de la mujer. Se enfrenta, de este modo, el derecho formal a la igualdad de los hombres y el derecho sustancial de la mujer a la igualdad. En este caso, la igualdad formal precede a la sustancial. El Tribunal reconoce la discriminación social de la mujer, con bastante realismo. Cuando se refiere a la igualdad de los resultados, siempre se debe respetar la igualdad formal, sin embargo, en la igualdad en el punto de partida, la igualdad sustancial puede priorizarse sobre la igualdad formal, y sería legítima una acción positiva.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, pps. 396-398.

⁶⁹⁵ Así, el texto del artículo 123 constitucional: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación: gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto”.

una equiparación efectiva de la misma⁶⁹⁶. La igualdad ante la ley implica que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas serán similares; por tanto ante supuestos diferentes, las consecuencias tendrán que ser distintas, esto es “se ha de tratar igualmente lo que es esencialmente igual, lo que es esencialmente desigual se ha de tratar desigualmente” o, en palabras del Tribunal Constitucional, “a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también”. El juicio de razonabilidad será el elemento que actúe para apreciar la violación del principio de igualdad y apoyará la actuación de los poderes públicos de modo que, en última instancia, la apreciación objetiva y razonable de la situación social desigual justificará la puesta en marcha de acciones positivas.

El Tribunal ha defendido la necesidad de hacer una interpretación dinámica y abierta de la igualdad formal del artículo 14, a fin de hacerla compatible con la igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución, lo que le ha llevado, entre otras cosas, a admitir la validez constitucional de las medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales en especial situación de vulnerabilidad⁶⁹⁷.

3.3.3. La Igualdad como Valor Superior del Ordenamiento Jurídico.

La Constitución española describe al Estado español como un “[...] Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”⁶⁹⁸.

La igualdad, además de las acepciones antes enunciadas, aparece así configurada como un valor superior del ordenamiento jurídico.

Los valores constitucionales suponen el contexto axiológico fundamentador o básico para toda la interpretación del ordenamiento jurídico, en cuanto suponen el núcleo básico y fundamental de todo el sistema jurídico-político⁶⁹⁹. En este sentido, los valores superiores son criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines.

⁶⁹⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 288.

⁶⁹⁷ Mujeres, menores de edad, discapacitados, entre otros.

⁶⁹⁸ Artículo 1 de la Constitución Española.

⁶⁹⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 288.

Por ello, tienen, además, una función orientadora, en virtud de la cual, debe presidir la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, haciendo "ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional"⁷⁰⁰.

En consecuencia, como ha declarado el Tribunal Constitucional, invocando el artículo 1.1 de la Constitución Española: "La igualdad se proyecta con una eficacia transcendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional [...] deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama"⁷⁰¹.

Por último, el valor superior constituye un criterio o parámetro para discernir las diversas manifestaciones del sistema de legalidad, de tal manera que "es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o de desvalor, por su conformidad o infracción de los valores constitucionales"⁷⁰².

La normatividad de los valores, según la exposición que se ha hecho, lleva a la doctrina a plantear si esta prescripción jurídica es equivalente a la de los principios jurídicos.

La mayoría de la doctrina opina que tanto los valores como los principios tienen carácter prescriptivo, pero de naturaleza distinta. Esta distinción residiría en el mayor grado de generalidad y abstracción de los valores frente a la mayor concreción y determinación de los principios⁷⁰³. Tal diferencia tendría una consecuencia inmediata en relación con la eficacia jurídica de los valores superiores frente a los principios. Para algunos autores, los valores tienen una eficacia meramente interpretativa, estando orientados a la producción de

⁷⁰⁰ *Idem*.

⁷⁰¹ Sentencia 8/1983, Fundamento Jurídico 3.

⁷⁰² PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 288.

⁷⁰³ BELADIEZ ROJO, M., *Los Principios Jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 140.

normas⁷⁰⁴, mientras que para otros la eficacia jurídica de los valores superiores no es meramente interpretativa, sino también normativa⁷⁰⁵.

De admitirse esta última propuesta, parece evidente que la distinción entre valores y principios resulta inadecuada, porque “los valores jurídicos de una comunidad son los principios jurídicos, tal y como tantas veces se ha repetido a lo largo de este trabajo, y su mayor o menor densidad prescriptiva facilitará o dificultará su aplicación a los casos concretos, pero no los configurarán como una norma jurídica distinta”⁷⁰⁶.

Por ello, la jurisprudencia constitucional española determina que los valores y principios que incorpora la Constitución, en cuanto que ésta es norma jurídica, tienen valor jurídico inmediato y, en su caso, derogatorio del Derecho anterior.

Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero de 1981, indica “los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen *carácter informador* de todo el ordenamiento jurídico [...] Que debe ser así integrado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allá donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo [...] En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma”⁷⁰⁷.

De lo anterior se deriva que todos los principios que recoge la Constitución como valores superiores del ordenamiento jurídico tienen una aplicación transversal, es decir, incidirán en todo el entramado normativo jurídico, por lo que como señala la decisión del Alto Tribunal, toda aquella desigualdad que sea

⁷⁰⁴ ARAGÓN REYES, M., “La Eficacia Jurídica del Principio Democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 24, Septiembre-Diciembre de 1988, pp. 9-45; FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTI CARBONELL, J. C., “Los Valores y los Principios en la Interpretación Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 35, Mayo-Agosto, 1992, pp. 97-109.

⁷⁰⁵ PAREJO ALFONSO, L., “Constitución y Valores del Ordenamiento”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, T. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 124; PRIETO SANCHIS, L., *Sobre Principios y Normas. Problemas de Razonamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

⁷⁰⁶ BELADIEZ ROJO, M., *op. cit.*, p. 142.

⁷⁰⁷ Sentencia 4/1981, Fundamento Jurídico 1.

contraria a lo establecido por la Constitución Española, será incompatible con estos valores proclamados en la propia Norma Fundamental.

Los ejemplos citados revelan la proyección de la igualdad como valor superior sobre todo el ordenamiento jurídico. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al declarar que: “La igualdad se configura como un valor superior que [...] se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de los valores que la Constitución como norma suprema proclama”⁷⁰⁸.

3.3.4. La Igualdad como Principio General del Derecho.

Tomando en consideración que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”⁷⁰⁹ y que la “Constitución garantiza el principio de legalidad”⁷¹⁰, es evidente la intención del legislador en el respeto y efectiva realización del principio de igualdad; lo resalta, además, por vía positiva y negativa en el artículo 139 de la Constitución Española.

En el primer sentido, insistiendo en que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. Y en el segundo aspecto, al prescribir que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa e indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a tales aspectos, ha señalado, en su Sentencia 16 de noviembre de 1981, que:

“El principio de igualdad no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así en el ámbito del derecho privado, y, con la reserva ya

⁷⁰⁸ Sentencia 8/1983, Fundamento Jurídico 3.

⁷⁰⁹ Artículo 9.1 de la Constitución Española.

⁷¹⁰ Artículo 9.3 de la Constitución Española.

antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente en nuestro ordenamiento forman una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.de la Constitución), cuyas normas, además, son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto y tiene siempre valor supletorio (artículo 149.3)”.

Por lo tanto, es importante destacar dos manifestaciones que están presentes en el artículo 139 de la Constitución. En primer lugar, una general, que afecta a todos los derechos y obligaciones de los españoles⁷¹¹. Ello hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 149.1.1.a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Otra, más específica, que afecta únicamente a determinados derechos, tales como la libertad de circulación y establecimiento de las personas, así como la libre circulación de bienes⁷¹².

Debe señalarse que muy numerosas son las resoluciones que desarrollan y profundizan en aspectos particulares esta interpretación. Así, por ejemplo, en relación con la igualdad en la aplicación de la ley por los integrantes del Poder Judicial⁷¹³.

En ellas, el Tribunal Constitucional parte de la afirmación de que la sujeción de los jueces al principio de igualdad ha de lograrse sin perder la independencia judicial, que es un componente esencial del Estado de Derecho consagrado en la Constitución⁷¹⁴.

⁷¹¹ Artículo 139.1 de la Constitución Española.

⁷¹² Artículo 139.2 de la Constitución Española.

⁷¹³ Sentencias 8/1981, de 30 de marzo; 49/1982, de 14 de julio; 30/1987, de 11 de marzo; 66/1987, de 21 de mayo; 144/1988, de 12 de julio; 141/1994, de 9 de mayo; 112/1996, de 24 de junio; 2/1997, de 13 de enero; 29/1998, de 11 de febrero; y 150/2001, de 2 de julio 129/2004 de 19 julio, o la Sentencia 31/2008 de 25 febrero.

⁷¹⁴ Artículos 1.1 y 117.1.

A partir de ahí deduce que las divergencias interpretativas entre los jueces no pueden estimarse, *per se*, como quiebras del principio de igualdad, pues éstas solo pueden tener lugar en el terreno de los comportamientos de un mismo órgano judicial; y deduce también que un órgano judicial puede cambiar de criterio sin vulnerar el principio de igualdad, siempre que tal cambio sea motivado y se advierta el propósito de aplicarse con carácter general.

Asimismo, el Tribunal establece que el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos de la Administración Pública limita sus efectos a las resoluciones adoptadas dentro de un mismo ámbito de organización y dirección y en virtud de un mismo poder de decisión⁷¹⁵.

3.4. La Igualdad en el Contexto Constitucional Español y Mexicano.

Una vez analizados varios de los diversos aspectos que implica la igualdad en sede teórica, enseguida se procederá a examinar *grosso modo* su particular problemática pragmática, iniciando con la experiencia constitucional española y continuando con la mexicana.

3.4.1. Recepción Constitucional de la Igualdad en España.

La igualdad fue incluida por el legislador constituyente como parte de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico⁷¹⁶.

El efecto de dicha incorporación como parte de la denominada norma póstica, hace de la igualdad una de las metas fundamentales del ordenamiento jurídico español, no sólo fin esencial meramente constitucional.

La igualdad se constituye como valor superior constitucional de innegable trascendencia y se erige en criterio para determinar las acciones, ordenar la convivencia y estipular los fines de la sociedad.

Pérez Luño ha indicado, en referencia a los valores superiores del ordenamiento, que éstos poseen una triple dimensión: “[...] a) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la

⁷¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 47/1989, de 21 de febrero y 7/2009 de 12 enero.

⁷¹⁶ Artículo 1.1 de la Constitución Española.

doctrina germana los concibe como “valores fundamentales” y nuestra Constitución como “valores superiores”, para acentuar su significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos u obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y, c) *crítica*, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas [...] De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales”⁷¹⁷.

Cabe aclarar que la importancia de la igualdad, en el contexto constitucional español, no se limita a la “igualdad formal”. En el proceso legislativo se rechazó, como destaca Peces-Barba, el intento de “[...] añadir en el artículo 1º después de igualdad los términos ‘ante la ley’”⁷¹⁸.

La igualdad, también debe señalarse, despliega su función de orientación en todo el ordenamiento jurídico, tal como lo ha destacado el Tribunal Constitucional español, a través de su jurisprudencia, al subrayar: “el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos -también del legislativo- a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1, de la Constitución Española)”⁷¹⁹.

El Alto Tribunal no duda en afirmar que: “La igualdad se configura como un valor superior que [...] se proyecta con eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama”⁷²⁰.

En este contexto, resulta insoslayable, como lo apunta Pérez Luño, la operatividad de la igualdad como principio jurídico, “[...] es decir, como axiomas o postulados axiológicos que deben inspirar todo el orden jurídico”⁷²¹.

⁷¹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 288-289.

⁷¹⁸ PECES-BARBA, G., *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151 -152.

⁷¹⁹ Sentencia 63/1983, de 20 de julio, Fundamento Jurídico 2.

⁷²⁰ Sentencia 8/1983, de 18 de febrero, Fundamento Jurídico 3.

⁷²¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 289 y ss.

Respecto de los valores, comenta el constitucionalista español referido, los principios poseen la característica distintiva de “[...] su mayor índice de concreción [...] entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas”⁷²².

Ahora bien, como principio, la igualdad ha sido incorporada a la Constitución Española en dos modalidades: como igualdad *material*⁷²³ y como igualdad *formal*⁷²⁴.

Tales modalidades han sido perfectamente diferenciadas por el Tribunal Constitucional al indicar: “La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”⁷²⁵. Esto significa que se reconoce al principio de igualdad desarrollando una función dual: en un primeramente como fin a concretar del ordenamiento jurídico, específicamente en el ámbito económico-social⁷²⁶, así como garantía de generalidad y regularidad del propio ordenamiento jurídico⁷²⁷. De lo anterior se deriva la exigencia, tanto de generalidad como de abstracción en la aplicación de la norma: igual protección jurídica de las situaciones que jurídicamente se consideran iguales⁷²⁸.

⁷²² *Ibidem*, pp. 289, 291-292.

⁷²³ Pues atribuye a los poderes públicos la misión de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, tal como lo especifica el artículo 9.2 del texto constitucional.

⁷²⁴ Como lo enuncia el artículo 14 de la Constitución Española: “los españoles son iguales ante la ley”.

⁷²⁵ Sentencia 49/1982, de 14 de julio, Fundamento Jurídico 2.

⁷²⁶ Artículo 9.2 de la Constitución Española.

⁷²⁷ Artículo 14 de la Constitución Española.

⁷²⁸ “El principio de igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (*privatae leges*), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la ley: si ésta debe ser la misma para todos, debe necesariamente comprender a todos en sus previsiones”. Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1981, de 10 de noviembre, voto particular del Magistrado L. Díez-Picazo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido reiterada al respecto, pues tratándose de supuestos similares “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos”⁷²⁹.

De ahí, entonces, la importante afirmación del Alto Tribunal al sostener que: “El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3 cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al artículo 14–, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”⁷³⁰.

Ahora bien, además de principio, la igualdad se concibe, en el ordenamiento constitucional español, como derecho fundamental, de manera semejante a la recepción de dicha modalidad en otros textos constitucionales⁷³¹.

En efecto, la positivación de la igualdad en sede constitucional como derecho fundamental impone una serie de condicionantes al legislador y a los poderes públicos, tal como se hace en la experiencia constitucional italiana⁷³², aunque tal disposición no está exenta de polémica por considerarse, por un sector doctrinal, que este tipo de mandato genera derechos específicos y no generales⁷³³.

En perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional español determina que “El artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual”⁷³⁴.

De igual forma, el Alto Tribunal especifica que “El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades

⁷²⁹ Cfr., entre otras, las sentencias 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 2; 88/1985, de 19 de julio, Fundamento Jurídico 3.

⁷³⁰ Sentencia 27/1981, de 20 de julio, Fundamento Jurídico 10.

⁷³¹ *Ad ex.*, la Ley Fundamental de Bonn (artículo 3); la Constitución italiana (artículo 3.1);

⁷³² *Vid.*, por todos, AGRO, A., “Art. 3.1.11. Principio di Eguaglianza Formale”, en *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi Fondamentali*, Zanichelli & Foro Italiano, Bologna/Roma, 1975, pp. 124 y sigs.

⁷³³ Así, por ejemplo: CERRI, A., “Violazione del Principio di Eguaglianza ed intervento della Corte Costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, pp. 632 y sigs.; FINOCCHIARO, F., *Uguaglianza Giuridica e Fatto Religioso*, Giuffré, Milano, 1958, pp. 21 y sigs.

⁷³⁴ Sentencia 49/1982, de 14 de julio, Fundamento jurídico 2.

discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual”⁷³⁵.

En resumen, el derecho fundamental a la igualdad, tal como ha sido incorporado a la Constitución española e interpretado por el Tribunal Constitucional, tiene como finalidad el aseguramiento de un estatus de carácter objetivo, cuya garantía es la paridad en el trato y la interdicción de una serie de discriminaciones mediante una lista de *numerus apertus*⁷³⁶.

3.4.2. El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Mexicano.

El principio de igualdad con el devenir histórico ha tenido diversas interpretaciones y alcances. Incluso, en los diversos ordenamientos legales su reconocimiento ha sido largo y complejo. A pesar de ello, ha existido un consenso respecto a su permanencia en el pensamiento de la humanidad, tal como se verá en los siguientes apartados.

Para la doctrina constitucional, el principio de igualdad ha tenido, tiene en la actualidad y está llamada a tener en el futuro una importancia capital⁷³⁷ por tratarse de un principio acumulativo, el cual, con el paso del tiempo se ha ido completando y ha supuesto, cada vez más, distintas obligaciones específicas⁷³⁸.

Por ello, cabe afirmar que desde el nacimiento del Estado constitucional la “igualdad” no ha dejado de figurar como uno de los principios básicos de dicho modelo. Desde su aparición en la Constitución norteamericana de 1787 –considerada el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno– y su

⁷³⁵ Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 2.

⁷³⁶ Así se señala, por ejemplo, en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3, donde con referencia a la discriminación por motivos de edad, se dice: “La edad no es una de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social...”. En la doctrina Rodríguez-Pinero, M., y Fernández, M.F., *op. cit.*, no dudan en sostener que el artículo 14 más que una lista exhaustiva de discriminaciones “contiene una especie de cláusula general que le permite una aplicación expansiva. No se ha tratado, pues, de establecer una lista cerrada, sino más bien una lista enunciativa de las causas o “razones” de discriminación que se prohíben, y en ello se ha conseguido el propio criterio de los instrumentos internacionales, que no han querido dejar fuera ninguna discriminación presente o futura”, p. 177.

⁷³⁷ CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2004, p. 10.

⁷³⁸ PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, México, UNAM-IIIJ, 2005, p. 21.

incorporación a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de igualdad, recogido en los siguientes términos: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos [...]*”, se ha hecho presente en una gran cantidad de textos constitucionales de forma genérica.

Mientras que, en algunos casos, ha sido por conducto de la labor jurisprudencial que se le ha dado una referencia específica, como en el caso particular de México.

3.4.2.1. La Igualdad en el Contexto Normativo Fundamental Mexicano.

La igualdad específica en el contexto mexicano que se recoge en el artículo 4º del texto constitucional a través de distintas disposiciones y se constituye como un verdadero mosaico de disposiciones constitucionales que no tienen mucho o ninguna relación entre ellas. Entre las que se encuentran:

- I. La igualdad entre el hombre y la mujer⁷³⁹;
- II. La protección a la familia;
- III. El derecho a la protección de la salud;
- IV. El Derecho a un medioambiente sano;
- V. El derecho a la vivienda; y,
- VI. Los derechos de los menores de edad.

En relación a la primera de las disposiciones que se recogen en el citado numeral, lo que se está haciendo en realidad es, en el mismo sentido del párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución⁷⁴⁰, establecer una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, en virtud de que, frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratado por igual.

⁷³⁹ Este párrafo fue introducido en la Constitución mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974. Se trata de la continuación de un largo proceso con el que se buscaba lograr una equiparación jurídica del género femenino y masculino. Cabe recordar que no fue sino hasta 1953 cuando las mujeres adquirieron el derecho de voto (por reforma al artículo 34 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de octubre del mismo año). Un estudio más amplio sobre este proceso puede verse en Derechos del Pueblo Mexicano. *México a través de sus Constituciones. Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional, II*. México. LIII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985.

⁷⁴⁰ “[...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquiera que atente contra la dignidad humana [...]”.

En esta tesitura, todos los gobernantes se encuentran compelidos a dar el mismo tratamiento al hombre y la mujer. Se trata por tanto de una “limitación material” a la legislación en la medida en que el texto constitucional está vinculando –en el caso concreto, restringiendo– el contenido posible de las leyes⁷⁴¹.

Toda vez que el principio de igualdad recogido en la constitución mexicana, no tiene que ver solamente con los derechos fundamentales, sino también con la estructura objetiva del ordenamiento jurídico, expresándose así un canon general de coherencia. Al respecto el Alto Tribunal mexicano ha establecido que:

*“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al consagrar el principio de igualdad, no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante. Esto equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de igualdad...”*⁷⁴².

No obstante, la igualdad que se prevé en el texto constitucional se constituye como un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia) sino también en la ley (en relación con su contenido).

De ahí que, deba entenderse este principio como una exigencia constitucional, esto es, se debe “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”⁷⁴³.

Por ello, resulta de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, en virtud de que esta última se constituye

⁷⁴¹ Al respecto puede verse, ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 381-ss; y, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La Igualdad Jurídica como Límite frente al Legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.9, Madrid, 1983, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 71-114.

⁷⁴² “Igualdad. Principio de, El artículo 470, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas no es violatorio del Artículo 13 Constitucional”, Tesis LV/95, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, segunda parte, agosto de 1995, p. 72. El énfasis es propio,

⁷⁴³ Aunque en algunas ocasiones el hacer distinciones este vedado y en otras, estará permitido o, constitucionalmente exigido. Se trata de una frase expresada por Aristóteles en su obra *La Política* cuando afirmaba: “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

como un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo⁷⁴⁴.

3.5. La Igualdad entre el Hombre y la Mujer en las Resoluciones Judiciales.

Fruto de la reforma al artículo 4 del texto Constitucional en el año 1974, lo constituyó la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Convirtiéndose en una pauta a la hora de modificar las leyes secundarias que habían incluido modos sutiles de discriminación⁷⁴⁵. Por tanto, la igualdad recogida en el texto constitucional mexicano implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual. De ahí que, el artículo 4º Constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias

Motivo por el cual parece lógico afirmar que el principio de igualdad recogido en el texto constitucional, no debe, ni puede, entenderse como una simetría absoluta –o mejor, como identidad–. Pues de lo que se trata es ordenar al legislador que no introduzca distinciones “no razonables” o, dicho de otro modo, que haga distinciones justificables –apoyadas en argumentos– y no discriminaciones. En otras palabras, la razonabilidad de las diferencias que se establezcan entre el hombres y mujeres deberán ser precisadas, caso por caso, es decir, por el juez constitucional. Motivo por el cual, en líneas seguidas veremos que han resuelto los tribunales al respeto.

3.5.1. Las Resoluciones del Tribunal Constitucional Español.

La configuración legal de los tipos agravados de violencia de género ha determinado que desde distintos sectores se haya cuestionado su constitucionalidad. En esas figuras el sujeto activo es siempre un hombre y la

⁷⁴⁴ Cfr. “Igualdad, Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”, núm: CXXXII/2004, amparo directo en revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004.

⁷⁴⁵ “Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4º, Primer Párrafo, De la Constitución Federal. Sus Alcances”, Tesis CLII/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Julio de 2007, p. 262.

víctima una mujer, que están o han estado unidos sentimentalmente; sin embargo, la acción objetiva en sí no reviste ninguna particularidad.

De esta suerte, si la misma conducta la realizada la mujer en sentido opuesto, recibe una pena menor al no asociarse a ese perfil machista. Esta disparidad lleva a plantear la eventual vulneración del artículo 14 y de otros preceptos de la Norma Fundamental.

En ese clima de desavenencias, diversos órganos judiciales presentaron cuestiones de inconstitucionalidad contra los delitos regulados en los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género —en adelante LOMPIVG—, normas en las que no se precisa, repetimos, que de la acción del autor se desprenda ese ejercicio de superioridad hacia la mujer. En la resolución de esos recursos el Tribunal Constitucional confirmaría esas normas sin precisar tampoco ese componente machista.

3.5.1.1. La Sentencia 59/2008, de 14 de Mayo.

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre este tema en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, que resolvió la cuestión planteada contra el artículo 153.1 CP, en la redacción dada por la LOMPIVG, declarándolo conforme a la Constitución.

El órgano judicial entendía que dicho precepto infringe los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) y de la diferencia de trato punitivo en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con igual relación entre ellos⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶ Indica GARCÍA ARÁN que en el planteamiento de estas cuestiones de inconstitucionalidad predomina la valoración *individual-concreta* del comportamiento sancionado, aunque en ningún caso se niega el fenómeno estructural de la violencia de género en el que se enmarca. Lo que se cuestiona es que ese contexto social-estructural deba incidir en la responsabilidad concreto-individual. GARCÍA ARÁN, M., “Injusto Individual e Injusto Social en la Violencia Machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, *et al.* (dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con Motivo del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 652. *Vid.*, un análisis detallado de su fundamentación jurídica en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Aplicación de las Figuras Penales de Violencia de Género tras la STC 59/2008”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, CENDOJ, 2009.

En esencia, el Tribunal justifica la mayor penalidad prevista en ese apartado respecto a la del siguiente (en el que se incluiría el propio comportamiento de mujer a hombre), señalando que el legislador no presume una mayor gravedad en la conducta, sino que realiza una constatación razonable de tal entidad a partir de las características de la misma y, entre ellas, su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo machista de actuación contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

El autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas, dotando así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa. En consecuencia, señala que no se sanciona al autor por las agresiones cometidas por otros cónyuges hombres, sino por la especial lesividad de su propia conducta, dado que la inscribe de modo consciente en una concreta estructura social machista a la que, además, él mismo contribuye con su violenta acción. Con carácter previo, hace algunas precisiones en torno al contenido de esa norma. Confirma que la autoría ha de ser masculina y destaca la incorporación de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor como víctimas del delito, sin restricción alguna en el sexo del sujeto activo.

En primer lugar, el Tribunal se refiere a la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

En cuanto a la justificación de la diferencia de trato introducida por el artículo 153.1 en comparación con el artículo 153.2 del Código Penal, señala lo siguiente: “[...] *No constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados [...] La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...], que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*” [...] ⁷⁴⁷ “*Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como*

⁷⁴⁷ Fundamento Jurídico 7.

*insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley*⁷⁴⁸.

Además, justifica la restricción del sujeto pasivo por el elevado número de casos de violencia contra las mujeres. Y, señala que “[...] *Las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres [...]*”⁷⁴⁹. La mayor gravedad de la conducta deriva, a juicio del Tribunal, de la actuación consciente por parte del autor conforme a una pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, lo que conlleva un atentado más grave para la libertad, la seguridad y la dignidad de la víctima. La razonabilidad legislativa en la apreciación de dicha lesividad superior no quiebra, porque no se haya considerado en otros delitos más graves (maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio). Más bien cabría advertir un déficit de protección en esos preceptos.

Respecto a la limitación de la cualificación a las relaciones conyugales o análogas, sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales, apunta que éstas carecen de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las primeras, y que cuando se dan entre convivientes cabe su encuadramiento en el artículo 153.1 del Código Penal si se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables. El Tribunal afirma, además, que “*no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino [...] el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más*

⁷⁴⁸ Fundamento Jurídico 8.

⁷⁴⁹ Fundamento Jurídico 9.

graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”⁷⁵⁰.

Sobre la diferencia de penas, indica que no es desproporcionada puesto que se reduce a tres meses de prisión en cuanto al mínimo (en el art. 153.1 CP es de seis meses a un año, frente al art. 153.2 del Código Penal de tres meses a un año) y se prevé como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la penalidad será igual si la agresión afecta a una persona especialmente vulnerable.

El Tribunal aborda también la posible violación del principio de culpabilidad.

La primera alegación en este sentido, se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quién es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. En segundo lugar se pregunta si no se está atribuyendo al varón una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor. El Tribunal declara que *“el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones..., a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente”*. Insiste en el mayor desvalor de la conducta en relación con la del apartado siguiente.

Ciertamente, en esa argumentación, que en los votos particulares⁷⁵¹ se tilda de “respuesta elusiva”, no se despejan las dudas sobre si es necesario el carácter discriminatorio de la conducta, como evidencian las distintas interpretaciones sustentadas en dichos votos.

Así, en alguno de ellos se entiende que no es necesario comprobar esa motivación: “Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el artículo 153.1 del Código Penal contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor”⁷⁵².

⁷⁵⁰ *Idem.*

⁷⁵¹ La Sentencia se aprobó con 7 votos a favor y cinco en contra.

⁷⁵² Voto particular de Rodríguez-Zapata Pérez.

En cambio, en otros se mantiene la postura contraria: “Como fácilmente se aprecia en sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia [...] la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación ésta última de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el artículo 153.1 del Código Penal no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”⁷⁵³.

3.5.1.2. Resoluciones Posteriores.

El Tribunal Constitucional dictó posteriormente diversas sentencias en contestación a cuestiones de inconstitucionalidad frente a los tipos agravados de violencia de género. En ellas, reprodujo la fundamentación de la anterior, e igualmente los magistrados mantuvieron sus votos discrepantes. La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 76/2008, de 3 de julio, avala la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal.

Transcribe los argumentos en punto a la legitimidad del fin de la norma, a fin de “proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos”, así como a “combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”. Igualmente, reafirma la funcionalidad de esa norma para la legítima finalidad perseguida, dada la mayor lesividad de la conducta.

Y niega que la diferencia de penas con el apartado siguiente entrañe una desproporción contraria al principio de igualdad. Además, rechaza la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer.

⁷⁵³ Voto particular del magistrado Delgado Barrio.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 45/2009, de 19 de febrero, falló en contra de la cuestión planteada contra el artículo 171.4 del Código Penal. En este caso, se reconoce una notable diferencia punitiva respecto a la prevista en los artículos 171.5 y 620.2, párrafo tercero.

Pese a ello, ese contraste no convierte en inconstitucional aquella norma ex artículo 14 de la Constitución, atendiendo a las finalidades de la distinción, consistentes en la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres, así como a la mayor gravedad de las amenazas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 127/2009, de 26 de mayo, mantuvo la constitucionalidad del artículo 172.2 del Código Penal. Resulta razonable, dice el Tribunal, la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en ese precepto a partir de “su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres”.

Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas⁷⁵⁴.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 41/2010, 22 de julio, desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad frente al artículo 148.4 del Código Penal, predicando del mismo los razonamientos de las resoluciones anteriores. Pero admite que hay una diferencia penológica considerable entre los artículos 147 y 148.4 del Código Penal. Sin embargo, destaca el carácter facultativo de esta agravación, lo que exige la comprobación por parte del órgano sentenciador, además del hecho de ser la víctima mujer pareja o ex pareja del ofensor, que los hechos expresen un injusto cualificado, de modo que el Juez podría optar, pese a estar ante un supuesto de violencia de género, por no imponer la agravación si no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo y en el resultado.

⁷⁵⁴ Resoluciones que se remiten también a las Sentencias del propio Tribunal Constitucional 164/2009 y 167/2009, ambas de 2 de julio, para fundar la constitucionalidad de los artículos 153.1 y 172.2 del Código Penal, e igualmente, las Sentencias 151/2009, 152/2009, 153/2009 y 154/2009, todas ellas de 25 de junio, 165/2009, de 2 de julio, 177/2009, 179/2009 y 180/2009, todas de 21 de julio, sobre el artículo 171.4 del Código Penal, y 178/2009, de 21 de julio y 201/2009, 202/2009 y 203/2009, todas de 27 de octubre, y 213/2009, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 153.1 y 171.4 del Código Penal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2010, de 28 de julio, desestimó la cuestión planteada contra los artículos 148.4 y 153.1 del Código Penal, remitiendo igualmente a los pronunciamientos anteriores.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 79/2010 de 26 de octubre, sobre el artículo 171.4 del Código Penal, apeló a la Sentencia 45/2009, que desestimó la cuestión promovida contra este precepto. Y la misma dirección siguió la sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, 80/2010, de 26 de octubre, basándose en la 59/2008, referidas ambas al artículo 153.1 del Código Penal. En virtud de esta doctrina, la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha negado el amparo a los recurrentes condenados en virtud de algunas de esas normas⁷⁵⁵.

3.5.1.3. Comentarios.

Si el hombre y la mujer no se encuentra en la misma posición (en cuanto al modo de proveer su protección penal), entonces ¿no pueden tener el mismo tratamiento penal?

La respuesta a esta interrogante se encuentra en el ámbito doctrinal, donde se ha manifestado que existen dos formas de combatir la desigual que se da entre ambos sujetos, es decir, existen dos tipos de derechos penales con diversa intensidad, los cuales entran a escena una vez que se conoce la gravedad del hecho que se quiere combatir. A estas dos formas penales se les llama Derecho penal del ciudadano y Derecho penal de enemigo⁷⁵⁶.

En relación a la primera forma penal, está se aplica a los sujetos que, substancialmente, se orientan por la norma jurídica, adecuándose por regla general su comportamiento y respetándose las normas como una forma de orientación de conductas en la sociedad. Esto es, como personas de derecho, como ciudadanos, lo cual se traduce de la siguiente manera: *respetar la norma*,

⁷⁵⁵ Además, las Sentencias del Tribunal Constitucional 77/2010, de 19 de octubre y 83/2010, de 3 de noviembre.

⁷⁵⁶ Al respecto la discusión se ha centrado en la problemática de coexistir en un mismo Estado, dos derechos penales, como propone Jakobs: uno para los ciudadanos (delincuentes ocasionales) y otro para los “enemigos (criminales permanentes y altamente peligrosos para la sociedad). Se trata de una concepción que ha sido acuñada por GÜNTER, Jakobs, “*Derecho Penal de Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*”, [trad. Cancio, Meliá], en GÜNTER, Jakobs, y MELIÁ, Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-ss; y, GÜNTER, Jakobs, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico” [trad. Peñaranda Ramos], en GÜNTER, Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid/Civitas, Madrid, 1997.

*esto es, protege, da seguridad a los demás, aunque en algunas ocasiones pueda llegarse a infringir la norma*⁷⁵⁷.

Respecto al Derecho penal del enemigo, se constituye como una anticipación del momento en que el mecanismo penal reacciona, sobre la base de una especial peligrosidad por parte del agente, es decir, el autor, el cual se constituye como un foco de peligro para la sociedad e impide con su comportamiento que la norma tenga una concreta vigencia, esto es, impide que los demás ciudadanos se sientan amparados por la norma jurídica, lo cual quiere decir: por un lado, que con su comportamiento están creando “inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma” y sin ella la norma se convierte en ineficaz, improductiva por lo que a su protección se refiere; y, del otro, significa que su comportamiento impide que los demás ciudadanos puedan desarrollar su personalidad dentro de los parámetros establecidos por el Derecho.

Por ello, a los sujetos que se oponen a la norma a fin de que pueda cumplir su cometido se les denomina “enemigos”, toda vez que se trata de una noción funcionalista y normativa que indica la máxima oposición posible al reconocimiento de la norma como mecanismo de protección a fin de que los sujetos en Derecho puedan desplegar sin problemas su personalidad. Toda vez que, cuando los sujetos se comportan como enemigos el ordenamiento en su relación con ellos, los combate, asegurando con ello los focos de peligro. Lo anterior con una única finalidad: conseguir con la fuerza de coacción jurídica una mínima seguridad y estabilidad en el disfrute de los derechos de la persona⁷⁵⁸.

Cabe destacar que el propio Alto Tribunal se ha mostrado de acuerdo en dicho trato diferencial, esto es, con el hecho de que exista un Derecho penal del enemigo (aunque no se refiere a él con este nombre) contra sujetos peligrosos que no sólo no respetan la noción de ciudadanía, sino todo lo contrario, se oponen, mediante la lesión a la dignidad, la libertad, la seguridad, etc., que los demás puedan desarrollar su personalidad (disfrutar sus derechos) dentro de los parámetros de normalidad jurídica. Para ello, aporta la mejor definición posible

⁷⁵⁷ GÜNTHER, Jakobs, “Derecho Penal de Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, *op. cit.*, pp. 300-305.

⁷⁵⁸ *Idem*.

de violencia de género como Derecho penal del enemigo al caracterizarlo de modo enfático, como *negación de la noción de ciudadanía*⁷⁵⁹.

Por tal motivo, si la interpretación del órgano promotor (en el sentido de que los sujetos activo y pasivo del artículo 153.1, inciso primero, estuvieran predeterminados: varón como sujeto activo y mujer como sujeto pasivo) fuera la única posible y, por lo tanto, fuera cierta dicha interpretación, entonces en efecto el precepto sería inconstitucional⁷⁶⁰. Pero sucede que, a juicio del Tribunal Constitucional, dicha interpretación no es la única posible, de manera que limitar la autoría necesariamente al varón es erróneo, propugnando que también “*las mujeres pueden ser sujetos activos del delito*”⁷⁶¹. De ahí que afirme que en este asunto no se lesiona el principio de igualdad en su doble vertientes: *a)* ni la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley; ni *b)* en la vertiente de prohibición o interdicción de discriminación.

A pesar de ello, cabe hacer dos precisiones, por un lado, no deja de ser sintomático que el Tribunal Constitucional abra, en un mínimo pasaje de su argumentación, el abanico de posibles autores del tipo penal en cuestión, incluyendo a la mujer como posible autora del delito, pero dedicando el grueso de su argumentación a hablar de la violencia de género, esto es, aquella que comete precisamente el varón contra la mujer en el seno de relaciones conyugales o análogas. Del otro, la argumentación del Tribunal Constitucional desenfoca el problema, confundiendo y entremezclando la interpretación de los dos incisos contenidos en el tipo (a saber: que la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de

⁷⁵⁹ Vid. BOLDOVA Pasamar y RUEDA, Martín, “La Discriminación de Urgencia sobre la Tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley*, año XXV, núm. 6146, 14 de diciembre, 2004.

⁷⁶⁰ Sentencia 59/2008, Fundamento Jurídico 4.

⁷⁶¹ Para despejar la duda, el Tribunal Constitucional, en el segundo párrafo del Fundamento Jurídico 4, realiza las siguientes precisiones: (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 del Código Penal de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por “el que” y por qué la ofendida “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Aunque la Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Murcia admite al respecto que cabría incorporar también una autoría femenina al delito, dado que la expresión “el que”, utilizada en el art. 153.1 del Código Penal y en numerosos artículos del mismo ordenamiento, tiene un significado neutro que no designa exclusivamente a personas de sexo masculino, y dado que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres, termina sosteniendo que el sujeto activo del delito ha de ser un varón. STC 59/2008, Fundamento Jurídico 4.

afectividad aun sin convivencia” o que la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”): si se juntan, como hace el Tribunal Constitucional, ambos incisos, es evidente que la mujer pueda verse incluida en el pronombre impersonal “(e)l que” con que se delimita el círculo de posibles sujetos activos.

Pero, resulta que el análisis de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha de realizar se refiere precisamente al primer inciso, a saber: a aquel respecto del cual el legislador delimita el sujeto activo como “(e)l que [...] causare a otro menoscabo psíquico o una lesión [...] o golpear o maltratar de obra a otro, cuando la *víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él* por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

Por ende, resulta de suma importancia el voto particular del Magistrado Martín de Mijas, quien pone de manifiesto que: “entre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas [...] Se trata, pues, de un mismo delito, y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, no un pretendido mayor desvalor”⁷⁶².

A lo que cabe destacar que la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional adolece de ausencia de una reflexión esencial y determinante: la diferencia de trato no es por grupo de personas en función del sexo. Se trata de combatir, con un tratamiento penal diferenciado, un fenómeno criminal cuyas causas son distintas a cualquier otro, en este caso la violencia de género, cuando ésta se comete en un ámbito de relación –el de la pareja– aprovechando el hombre una situación de superioridad que tal relación le proporciona. En palabras del Tribunal Constitucional: “[...] *la pena mayor no se explica en el sexo sino en la grave desigualdad que se expresa a través de este tipo de violencia. De ahí que el TC haya hecho justicia a las víctimas y permite seguir trabajando con medidas de protección hacia las mujeres en este largo recorrido a favor de la igualdad*”.

⁷⁶² Sentencia 59/2008. Voto particular que formuló el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2008, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005 formulada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia respecto del art. 153.1 del Código Penal, en su redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En definitiva, en la resolución del Tribunal Constitucional no se alude siquiera al carácter discriminatorio de las conductas recogidas en los tipos cuestionados; sólo al entorno social y cultural machista en el que se alojan y a la equivalencia de esas acciones con otras abusivas comunes en nuestra sociedad. Entendemos, pues, que el Tribunal Constitucional estima ajustados a la Norma Fundamental esos delitos en su redacción vigente, sin considerar el cariz discriminatorio como elemento esencial de la violencia de género.

Esto es, del fundamento aportado respecto al aumento penológico operado en esos delitos; la mayor gravedad se predica del actuar individual, pero derivada de su ejecución en un contexto social machista, *“porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas [...], en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción”*.

Lo anterior, se corrobora con la terminología empleada por el Tribunal, estableciendo que esas acciones “son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...], que *el trasunto* de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja”, “*se corresponden* a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación [...]”, son “*reproducción* de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón [...]”. Esas actuaciones son copia, imitación, de las conductas machistas, pero no son necesariamente machistas.

Tal vaguedad en las declaraciones es, a mi juicio, una seña más de ese entendimiento que omite el perfil machista como requisito imprescindible en la acción individual. El Tribunal acude al paralelismo, a la similitud de esas conductas con las realmente discriminatorias y a los efectos perniciosos que pueden tener por coadyuvar a la pervivencia de la idiosincrasia machista de la sociedad. Pero, si a su entender fuera indispensable dicho elemento, que no se recoge en su sede propia de los tipos penales y si la vulneración de los derechos fundamentales en caso de no exigirse fuese tan palmaria como creen los órganos firmantes de las cuestiones, sin duda lo habría dicho expresamente. Se puede intuir que la explicación de esa falta de contundencia en los pronunciamientos se debe justamente a ese parecer negativo.

Desde luego, es más difícil justificar el incremento de la pena si el único factor distintivo que contempla la norma es la conocida especialidad de los sujetos, por cuanto por estos derroteros está servido el discurso sobre una posible violación de principios constitucionales. La argumentación para rebatir estos reparos ha de discurrir por terrenos menos firmes que la exigencia de la actitud machista, en este caso recurriendo a la necesidad de afrontar un problema social endémico de machismo que hunde sus raíces en motivos históricos. En definitiva, si hubiera vinculado su fallo a la interpretación en un concreto sentido de los artículos cometidos a su consideración, exigiendo ese componente discriminatorio adicional, habría expuesto esta lectura, cosa que no ha hecho en ninguna de las resoluciones. Por lo tanto, consideramos que no se trata de sentencias interpretativas que supediten la constitucionalidad de esos preceptos al seguimiento de una interpretación concreta⁷⁶³.

En suma, el Tribunal Constitucional justifica la penalidad superior de los tipos específicos de violencia de género, por el mayor desvalor que encierran, ya que siendo dichos comportamientos semejantes —objetivamente— a los realmente discriminantes, el autor los inscribe a sabiendas en el entorno social machista, favoreciendo la continuidad de esta lacra social. No cifra la razón de ser de esa elevación del castigo en el efectivo carácter abusivo de la acción concreta y, por ende, no menciona ninguna acreditación a este respecto. En última instancia, viene a decir que la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género pretende combatir la violencia que es manifestación de la dominación del hombre sobre la mujer y para ello da un tratamiento más enérgico a todos los actos violentos realizados por aquél dentro de la pareja, en tanto influyen en el mantenimiento del machismo asentado en la sociedad.

En definitiva, y en atención a lo manifestado por el Tribunal Constitucional no es necesario constatar el proceder del autor tendente a subyugar a la mujer. En realidad, se limita a confirmar los delitos de violencia de género en la redacción dada por la nueva ley, avalando una amplia gama de medidas que se consideran útiles para paliar el problema social de la violencia machista en la

⁷⁶³ Así lo entiende, GARCÍA ARÁN, M., “Injusto Individual e Injusto Social en la Violencia Machista (A Propósito de la STC 59/2008 sobre el Maltrato Masculino a la Mujer Pareja)”, en CARBONELL MATEU, J. C. *et al.* (dirs.), *Constitución...*, *op. cit.*, p. 658.

relación de pareja, por cuanto la envergadura de este fenómeno justifica a su entender tales disposiciones.

Veamos que se ha dicho al respecto al otro lado del continente, particularmente por parte del Alto Tribunal mexicano.

3.5.2. La Igualdad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Si bien es cierto, las resoluciones de los tribunales mexicanos en que se ha aplicado o conceptualizado el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no son del todo abundantes, su alcance y desarrollo lo encontramos en casos específicos, como en el ámbito laboral y civil.

Sin embargo, cabe destacar lo manifestado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en adelante SCJN–, en relación con la igualdad entre hombres y mujeres, al señalar que se trata de un principio que se constituye como uno de los pilares fundamentales del sistema democrático.

Lo anterior, se desprende de una tesis titulada “Principio de igualdad entre hombre y mujeres. El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad no debe estar basado en juicios de género”⁷⁶⁴. En la cual se señala lo siguiente:

“Tradicionalmente, la justificación de las normas civiles que otorgan preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores de edad se fundamentaba en una idea preconcebida, bajo la cual, la mujer gozaba de una específica aptitud para cuidar a los hijos. Esta justificación era acorde con una visión que establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y a la mujer. El género resultaba un factor determinante en el reparto de funciones y actividades, lo que conllevaba un claro dominio social del hombre sobre la mujer, la cual se concebía únicamente como madre y ama de casa que debía permanecer en el hogar y velar por el cuidado y bienestar de los hijos [...]”.

“[...] La tendencia clara, en estos tiempos, marca el rumbo hacia una familia en la que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos. La mujer ha dejado de ser reducida al papel de ama de casa y, por el contrario, ejerce en plenitud, con

⁷⁶⁴ Tesis Aislada (constitucional), *Seminario Judicial de la Federación*, Decima Época, Pleno, Mayo de 2012, p. 1112.

libertad e independencia, la configuración de su vida y su papel en la familia... Dicha evolución no se ha generalizado en todas las familias, pero sí puede evidenciarse en muchas de ellas y dicha dinámica debe tener reflejo en la medida judicial que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores. En clara contraposición con el pasado, en el que el reparto de las tareas de la casa, incluido el cuidado de los hijos, venía impuesto por la tradición como algo dado, ahora, el reparto de las funciones familiares ha de ser objeto de discusión, de negociación, de pacto entre los cónyuges. Si se respeta el marco de la necesaria e insustituible libertad y autonomía de las partes (los miembros de la pareja), cualquier reparto resulta perfectamente válido, eficaz y merecedor de protección. En cualquier caso, lo relevante es que no existe una sola realidad en la que la mujer tenga como función única y primordial, el cuidado de los menores”⁷⁶⁵.

De lo anterior, cabe destacar la mención a la evolución de que ha sido objeto tanto el papel del hombre como de la mujer en el cuidado de los hijos y las labores de la casa. Y, de donde cabe destacar, el hecho de que la mujer ha dejado de ser reducida al papel de ama de casa, a fin de que ahora puede ejercer de manera plena, con libertad e independencia su vida y su papel en el seno de la familia. Más aún, la alusión al respeto entre ambos a su libertad y autonomía.

Sin embargo, una de las primeras resoluciones en las que se pone en evidencia una clara distinción entre el hombre y la mujer, gira en torno a la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado. En dicha Ley se *exigían mayores requisitos a los esposos o concubinos de las mujeres aseguradas para tener acceso a los servicios del Instituto, que aquellos que pedían para las esposas o concubinas de los asegurados*, al disponer que *el esposo o concubinario de la mujer trabajadora, sólo será derechohabiente si es mayor de cincuenta y cinco años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora*, mientras que, para que *la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente, es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina*⁷⁶⁶. Lo cual, es una evidencia clara de

⁷⁶⁵ *Idem.*

⁷⁶⁶ Consideraciones que se recogen en las siguientes tesis: “Trabajadora al Servicio del Estado. El Artículo 5º, Fracción V, Párrafo Sexto, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, Viola la Garantía de Igualdad”, Tesis Aislada, Octava Época, Pleno, Primera Parte, Enero a Junio, 1989, p. 201; y, “Trabajadores al Servicios del Estado. El artículo 24, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola la garantía

transgresión al principio de igualdad recogido en el artículo 4º del texto constitucional, toda vez que al encontrarse el hombre y la mujer en la misma situación, se les debe dar un tratamiento por igual.

Mientras que, en materia familiar, han aparecido varias distinciones entre el hombre y la mujer. En un primera y por lo que ve al caso de adulterio, como una de las causales de divorcio, se establecía que, *el cometido por la esposa en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio*, en cambio, *el cometido por el hombre acusa matices diversos*⁷⁶⁷. En esta misma materia, cuando se trata de la separación del hombre y la mujer del domicilio conyugal, se prevé *para el hombre la obligación de abandonar dicho domicilio si el mismo se ha señalado como lugar de depósito de la mujer*⁷⁶⁸, lo que sin duda, implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al hombre se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. Sin duda, se trata de una discriminación por motivos de sexo, lo cual es un claro ejemplo de violación al principio de igual recogido en el texto constitucional.

Por otro lado, respecto a la indemnización por causa de muerte, se establece una distinción en la normativa secundaria. Como en el caso de la Ley Federal del Trabajo y en la propia Ley del Seguro Social. En la primera de ellas, se establece un trato desigual entre el hombre trabajador y la mujer trabajadora⁷⁶⁹, al disponer que tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte, la viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente

de igualdad contenido en el artículo 40 constitucional”, Tesis X, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Agosto de 1999, p. 58. Las cursivas son propias.

⁷⁶⁷ “[...] si se trata del varón, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma...”. *Vid.* “Artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche. Viola la garantía de igualdad que tutela el artículo 4º constitucional”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Noviembre de 1995, p. 502. Las cursivas son propias.

⁷⁶⁸ *Vid.* “Separación de los cónyuges y depósito de la mujer. El artículo 287, párrafo segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIII, Novena Época, Primera Sala, Mayo de 2001, p. 286; y, “Separación de los cónyuges y depósito de la mujer. El artículo 408, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, que prevé la forma en que se puede decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Octubre de 2002, p. 1451. El subrayado es propio.

⁷⁶⁹ Artículo 501, fracción I.

de la trabajadora y que tenga una incapacidad de un cincuenta por ciento o más, lo que implica una distinción entre la viuda y el viudo del trabajador o trabajadora extinto, por razones de sexo, pues *a la primera no le impone como requisito la dependencia económica e incapacidad que sí exige para el segundo*⁷⁷⁰. Se trata de un claro ejemplo de desigualdad por razones de sexo, el cual no tiene fundamento constitucional, pues contraviene lo dispuesto por el artículo 4º de la propia Constitución.

Respecto a la segunda Ley, en ella se dispone otra distinción por razón de sexo, al establecer que para que el esposo de la asegurada o pensionada fallecida tenga derecho al pago de una pensión de invalidez, es necesario que esté totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de ella; en tanto que la esposa o concubina del asegurado o pensionado fallecido, para obtener el mismo beneficio sólo requiere demostrar su calidad de esposa o concubina del extinto trabajador. *Por lo que si al hombre que solicita la pensión de viudez se le exige que, además de la demostración del vínculo familiar con la mujer fallecida, acredite encontrarse totalmente incapacitado y que dependía económicamente de ella*⁷⁷¹.

3.5.2.1. La Contradicción de Tesis 66/2006.

En el año 2066, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de 3 votos, la contradicción de tesis sustentada entre el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Las tesis diferían sobre el grado de detalle que debía proporcionar el cónyuge demandante en una demanda de divorcio necesario en la que se hace valer la causal de violencia familiar.

⁷⁷⁰Vid., la sentencia “Indemnización por muerte. El artículo 501, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, viola la garantía de igualdad”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Marzo 2003, p. 1736.

⁷⁷¹Vid., “Pensión de Viudez. El artículo 152 de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1997, al establecer distintos requisitos para su otorgamiento entre el varón y la mujer viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 4º de la Constitución Federal”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Agosto de 2005, p. 1960; y, “Seguro social. El artículo 152 de la Ley relativa, vigente hasta el 30 de junio de 1997, viola las garantías de igualdad y no discriminación”, Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, Novena Época, Segunda Sala, Agosto de 2007, p. 645.

El Sexto Tribunal señala que bastaba con que él o la demandante narrara ciertos hechos vinculados con la violencia familiar, sin necesidad de hacerlo de manera pormenorizada, señalando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, ya que podría acreditarlos durante el proceso con los instrumentos de prueba que tuviera a su alcance.

Por su parte, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito señala que el cónyuge que argüía la causal de violencia familiar en su demanda de divorcio debía precisar lugar, tiempo y modo en que ocurrieron los hechos con base en los cuales se solicitaba la disolución del vínculo matrimonial.

La Primera Sala comienza explicando la clasificación de los divorcios, ubicando al divorcio necesario por causa de violencia familiar dentro de los divorcios-sanción. En atención a las consecuencias que dicho divorcio puede originar para el cónyuge culpable⁷⁷² la Sala precisa que es necesario que el o la demandante de divorcio narre sucintamente, pero de manera clara y precisa, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos sustento de la demanda. Esto para garantizar el derecho de la parte demandada a defenderse de manera eficaz, al tener pleno conocimiento de los hechos concretos que se le imputan y, por lo tanto, estar en posibilidad de desvirtuarlos.

La Sala considera que permitir al demandante narrar sólo algunos acontecimientos de manera no pormenorizada, es decir, sin precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los eventos de violencia familiar, aun pudiendo subsanar estas omisiones en el periodo probatorio, dejaría en estado de indefensión al cónyuge demandado, pues no podría preparar su defensa en dicho periodo legal. Es decir, considera que la pormenorización del tiempo, modo y lugar de los acontecimientos de violencia familiar permite que las pruebas se ofrezcan y rindan de acuerdo a la *litis* establecida.

La Primera Sala concluye que los hechos deben ser narrados haciendo referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, entendiéndose por tiempo, el día, mes, año y hora en que sucedieron los hechos; por modo, la forma cómo sucedieron, describiéndolos lo más exactamente posible; y, por lugar, el sitio o local en donde sucedieron.

⁷⁷² Pérdida de la patria potestad de los hijos, obligación de pagar alimentos al cónyuge inocente, pago de daños y perjuicios, etc. *Vid.* Contradicción de Tesis 66/2006-PS, pp. 27-28.

Ahora bien, el divorcio que se funda en la causal de violencia familiar corresponde a los llamados divorcios–sanción. Tal denominación obedece a que, adicionalmente a la disolución del matrimonio, provocan consecuencias legales sobre el cónyuge culpable tales como la pérdida de la patria potestad y la condena al pago de alimentos⁷⁷³.

Toda vez que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia⁷⁷⁴ señala, en su artículo 7, que la violencia familiar —es el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho. La desigualdad en la asignación de roles de género entre hombres y mujeres se ha traducido en relaciones desiguales de poder entre éstos, subordinando la mayoría de las veces, a las mujeres en casos de relaciones violentas en el hogar.

En este tenor y, dadas las desigualdades de poder, entre hombres y mujeres, que imperan en el ámbito privado, el derecho a recurrir a la protección del Estado en casos de violencia en dicho espacio es muy importante. La vulnerabilidad de quienes padecen este tipo de violencia se desprende frecuentemente de su dependencia —económica o emocional— ante el agresor. La violencia ejercida por el compañero íntimo, así como las implicaciones que ésta tiene hacia los hijos (si es que los hay), están ligadas al acortamiento de la esperanza de vida y a una serie de desórdenes médicos, emocionales y psicológicos en la(s) víctimas(s). Dentro de los mencionados desórdenes, se encuentran los fisiológicos (como los estados de *shock* y la parálisis) y los psicológicos (como la negación, el miedo y la depresión)⁷⁷⁵. El impacto que la violencia tiene para quien la sufre en una relación íntima ha sido descrito por Leonore Walker, a través del —síndrome de la mujer maltratada, el cual involucra, además de una dimensión física, un proceso de —despersonalización sistemática en la víctima. Las descripciones de este síndrome son regularmente

⁷⁷³ *Idem.*

⁷⁷⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1º de febrero de 2007.

⁷⁷⁵ Voto Particular del ministro José Ramón Cossío Díaz en la Contradicción de Tesis 66/2006-PS.

aceptadas en los Estados Unidos de América como material probatorio en juicio⁷⁷⁶.

Partiendo de la gravedad de tales consecuencias, se ha estimado que la intervención del Estado no añada a los agravios que ha sufrido ya la víctima. Una de las medidas sugeridas más frecuentes para evitar la revictimización, la cual consiste en evitar un recuento detallado de los hechos. Lo anterior, por tres razones: 1) la emisión de un recuento detallado podría alterar psicológicamente a la víctima; 2) quien obtiene la declaración no sea capaz de manejar la situación; y 3) por tratarse, en muchas ocasiones, de hechos repetitivos y cotidianos, se complica que la víctima sea capaz de ofrecer circunstancias específicas de tiempo y lugar. La consistencia del relato, en todo caso, debería evaluarse de acuerdo con otros parámetros.

Es por ello que, esta medida debe aparejarse con las necesarias para otorgar seguridad jurídica a quien presuntamente agredió, ya que, como puede verse, la protección a la víctima y la seguridad jurídica de quienes presuntamente responsable podrían entrar en tensión. Para resolverla, se ha insistido en que los requisitos de claridad y precisión en el relato son un estándar adecuado que posibilita al demandado controvertir la acusación⁷⁷⁷. La exigencia de claridad y precisión no debe conducirse al extremo de la pormenorización circunstanciada, sino que basta que los relatos no resulten vanos o notoriamente imprecisos.

Finalmente, vale la pena insistir en que la razón por la que se sugiere omitir los detalles de los agravios recibidos por la víctima son los anteriormente expuestos, y no la consideración de que debe protegerse la esfera íntima del escándalo público. Este último razonamiento se relaciona con el prejuicio según el cual —las cosas de la esfera privada deben permanecer ahíll. Si bien la intimidad es valiosa y su protección debe preservarse, lo anterior no debe ir en detrimento de la posibilidad de recurrir al Estado en caso de encontrarse desprotegido en este espacio.

La sentencia 66/2006 de la Suprema Corte parece ignorar que las mujeres que se encuentran en situaciones de violencia intrafamiliar son seriamente afectadas, tanto psicológica como físicamente. La precisión solicitada en la declaración, pone en la víctima de la violencia familiar una gran carga probatoria

⁷⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷⁷ *Idem.*

que sumado a las consecuencias psicológicas de la violencia, haría prácticamente imposible que prospere su acción.

Es por ello que el estándar de la —pormenorización circunstanciada es difícil de cumplir por parte de las víctimas cuando la ley establece la necesidad de —numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión⁷⁷⁸. Un relato puede ser claro y preciso sin pasar por la expresión de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar de una serie de hechos los cuales, en casos como éstos y debido a su reiteración, se segmentan artificialmente, aun cuando ello no redunde en detrimento alguno de las garantías que rigen el desarrollo de los juicios civiles⁷⁷⁹.

Sin embargo, el Alto Tribunal pudo haber recurrido a la obligación de no discriminación expresada por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁷⁸⁰ así como la de erradicar la violencia contra las mujeres que señala la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada Convención de Belém do Pará⁷⁸¹, resaltando que los Estados deben poner en marcha medidas para eliminar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos, de modo que a éstas les sea posible acceder a la justicia en igualdad de condiciones con los hombres.

Toda vez que dicha obligación de protección recae en los tribunales competentes que deben garantizar la protección efectiva en contra de todo acto de discriminación. En este sentido, dado que en estos casos es posible contemplar otros estándares de consistencia en las declaraciones, diferentes al detalle pormenorizado de los acontecimientos de violencia, la decisión tomada

⁷⁷⁸ *Idem.*

⁷⁷⁹ *Idem.*

⁷⁸⁰ “Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. [...] Artículo 2. Los Estados Parte condenan la discriminación en contra de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y con tal objeto, se comprometen a: [...] c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; [...]”.

⁷⁸¹ Artículo 7.

por la Primera Sala obstaculiza el goce del derecho al acceso a la justicia, en tanto impone de manera rigurosa un estándar probatorio que en el caso concreto podría ser difícil de cumplir, sobre todo cuando las partes no estén en igualdad de condiciones.

En virtud de que exigir un relato pormenorizado de los eventos violentos no sólo implica colocar en las víctimas de violencia doméstica –principalmente mujeres– una carga probatoria similar a la que se impone al Estado en las causas penales, sino también ignorar las particularidades de una violencia cíclica inmersa en lo cotidiano y asimilarla a la violencia identificable y sorpresiva que ocurre, por ejemplo, en las calles.

La diferencia entre ambos tipos de violencia amerita otorgar un tratamiento jurídico distinto, que lleve aparejadas, por supuesto, las medidas necesarias para otorgar seguridad jurídica a la parte demandada. De no hacerlo, se estaría incurriendo en discriminación por resultado e impidiendo sentar las bases probatorias que para cada ámbito son pertinentes.

Lo anterior dado que, en primer lugar, se estaría dando un trato jurídico igual a dos situaciones fácticamente distintas; en segundo, porque si bien el criterio emitido por la Primera Sala es neutral al sexo, la realidad es que las víctimas de violencia doméstica son mayoritariamente mujeres, por lo que el mencionado criterio las afecta de manera desproporcionada.

Así, el criterio expuesto por la Primera Sala dificulta que las mujeres víctimas de violencia, particularmente las más pobres, accedan a un divorcio que, producto de un acto violatorio de derechos, les otorgaría la posibilidad, no sólo de disolver el vínculo matrimonial que las une al agresor, sino de obtener medidas cautelares o definitivas que pueden representarles beneficios concretos respecto a la propiedad de los bienes comunes, las pensiones alimenticias y la guarda y custodia de los hijos. Asimismo, se desincentiva el que más mujeres busquen ejercer su derecho de acceso a la justicia por el temor que implica que se dude de su palabra y al excesivo detalle solicitado.

Es por ello que llama la atención que la Primera Sala de la Suprema Corte optara por la interpretación del Tribunal Colegiado que resulta menos protectora y más restrictiva, al considerar que de no hacerlo lesionaría los derechos de defensa de la parte demandada. Sin embargo, tal precisión resulta equívoca desde una perspectiva de género al ignorar que el requerimiento por el que la

parte demandante debería señalar hechos, tiempos y lugares de manera general, de ninguna manera significa que la parte demandada no pueda responder sobre ellos, dejando protegido su derecho a la defensa, pues quien juzga puede allegarse de pruebas, como peritajes psicológicos, que de manera profesional y sensibilizada permitan llegar a la conclusión de la existencia o no, de la violencia familiar sufrida.

En conclusión, darle una mayor ponderación a la defensa de la parte demandada ignora la naturaleza de la violencia familiar que viven muchas mujeres en México.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS SISTEMÁTICO Y COMPARADO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

Sumario: 4.1. Génesis y Evolución de la Regulación del Delito de Violencia Familiar en México y España. Consideraciones Preliminares; 4.1.1. España; 4.1.1.1. La Ley Orgánica 10/1995; 4.1.1.2. La Ley Orgánica 14/1999; 4.1.1.3. La Ley Orgánica 11/2003; 4.1.1.4. La Ley Orgánica 1/2004; 4.1.1.4.1. Protección contra las Lesiones; 4.1.1.4.2. Protección contra los Malos Tratos; 4.1.1.4.3. Protección contra las Amenazas; 4.1.1.4.4. Protección contra las Coacciones; 4.1.1.5. La Ley Orgánica 1/2015; 4.1.2. México; 4.1.2.1. Ámbito Federal; 4.1.2.1.1. La Incorporación del Delito de Violencia Familiar a la Normativa Federal (1997); 4.1.2.1.2. La Reforma Federal de 2012 en Materia de Violencia Familiar; 4.1.2.1.3. Observaciones sobre la Inaplicabilidad del Tipo Penal Federal; 4.1.2.2. Ámbito Estatal. El Caso Específico de Michoacán; 4.1.2.2.1. Incorporación Originaria del Delito de Violencia Familiar (2001); 4.1.2.2.2. La Reforma al Código Penal de 2004, Adicionando el Artículo 224 Bis del Código Penal; 4.1.2.2.3. Reforma del 2012; 4.1.2.2.4. El Nuevo Código Penal Michoacano de 2014: Parteaguas entre el Sistema de Justicia Penal Tradicional y el Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral; 4.2. La Regulación de la Violencia en el Ámbito Familiar en el Código Penal de Michoacán y en el Código Penal Español. Consideraciones Preliminares; 4.2.1. Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán; 4.2.1.1. Consideraciones Generales de la Estructura Externa de los Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán; 4.2.2. Elementos Constitutivos de los Tipos Penales 153.2 y 173.2 del Código Penal Español y del 224 Bis del Código Penal del Estado de Michoacán; 4.2.2. Elementos Constitutivos de los Tipos Penales 153.2 y 173.2 del Código Penal Español y del 224 Bis del Código Penal del Estado de Michoacán; 4.2.2.1. El Artículo 153 del Código Penal Español; 4.2.2.1.1. Elemento Subjetivo del Tipo; 4.2.2.1.2. Elemento Objetivo del Tipo; 4.2.2.1.3. El bien jurídico tutelado; 4.2.2.2. El Artículo 173.2 del Código Penal Español; 4.2.2.2.1. Elemento Subjetivo del Tipo; 4.2.2.2.2. Elemento Objetivo del Tipo; 4.2.2.2.3. El bien jurídico tutelado; 4.2.2.3. El Artículo 224 Bis del Código Penal del Estado de Michoacán; 4.2.2.3.1. Elemento Subjetivo del Tipo; 4.2.2.3.2. Elemento Objetivo del Tipo; 4.2.2.3.3. El bien jurídico tutelado; 4.2.3. La Tentativa; 4.2.3.1. El *Iter Criminis*; 4.2.3.2. Aproximación Conceptual a la Tentativa; 4.2.3.3. Regulación de la Tentativa en España y Michoacán; 4.2.4. Consumación: El Delito de Violencia Familiar ¿Delito Instantáneo, Permanente o Continuado?; 4.2.4.1. Delitos Instantáneos; 4.2.4.2. Delitos Permanentes; 4.2.4.3. Delitos Continuados; 4.2.4.4. Conceptualización Normativa; 4.2.4.5. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal Español; 4.2.4.6. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal de Michoacán; 4.2.5. *Excursus*: El Delito de Violencia Familiar, ¿Ley Penal en Blanco?; 4.2.5.1. Ley Penal en Blanco. Aproximación Conceptual y Aplicación a los Casos de Estudio: España y Michoacán; 4.2.6. El Delito de Violencia familiar en Michoacán, y su Relación con el Delito de Lesiones Agravadas en Razón del Parentesco; 4.2.7. La Pena; 4.2.8. Concurso Aparente de Normas; 4.2.9. Postura Personal y Propuesta de *Lege Ferenda* al Tipo Penal de Violencia Familiar en España y Michoacán (México).

4.1. Génesis y Evolución de la Regulación del Delito de Violencia Familiar en México y España. Consideraciones Preliminares.

Antes de iniciar el desarrollo capitular, debe indicarse, a efectos del análisis iuscomparatista que constituye el núcleo esencial de este apartado de la investigación, que tanto México como España tienen una configuración política similar, pues en ambos países la distribución territorial del poder se estructura en dos niveles perfectamente diferenciados y con competencias legislativas específicas. En el caso mexicano, el federalismo es el modelo adoptado, estableciéndose una regla general de distribución de competencias para legislar, en tanto que en España, el modelo autonómico es el que prevé la Constitución de 1978⁷⁸².

Por virtud de la regla constitucional que modula las competencias entre la Federación y las entidades federativas⁷⁸³, en México existe una normativa penal federal y diversos ordenamientos penales locales. Sin embargo, el Código Penal Federal mexicano servirá únicamente de referencia, pues el objetivo de análisis en clave comparada que se hace en este capítulo, en relación a la regulación sustantiva del tipo penal que interesa de violencia familiar, se enfocará al Código Penal de Michoacán y al Código Penal español –en sus artículos 153 y 173.2–, por la semejanza que existe entre ambas normativas.

Ahora bien, de manera general cabe señalar que existe acuerdo en cuanto a que los malos tratos en el ámbito doméstico no son algo novedoso, tampoco es un fenómeno en aumento⁷⁸⁴; en todo caso, la atención que a estos casos se ha prodigado en las últimas dos décadas es el resultado de un cambio en la percepción social del fenómeno⁷⁸⁵. Desde luego, el considerar que la violencia doméstica es una cuestión que debe tratarse al interior de la familia⁷⁸⁶, pues en ella se desarrolla y únicamente a sus miembros afecta, ha ido cediendo

⁷⁸² Artículo 2 del texto de la Constitución española.

⁷⁸³ Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

⁷⁸⁴ Vid., por todos, FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar. Algunas Consideraciones sobre su Regulación en España y México”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 33, año 2003, México, p. 303.

⁷⁸⁵ RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La Violencia Familiar y los Derechos Humanos*, CNDH, México, 2002, p. 19.

⁷⁸⁶ Lo que podría llamarse enfoque “la ropa sucia se lava en casa”.

paulatinamente ante la posición opuesta⁷⁸⁷, al entender que no sólo se vulneran los derechos humanos de las víctimas (directas e indirectas), sino que se genera un fenómeno de “inmunización” de ellas al grado que no se percatan de su condición como tales, en tanto que se favorece su reproducción en las nuevas generaciones.

En tal sentido, se ha venido legislando a efecto de evitar la violencia al interior de la familia, primordialmente la de género, llevando a cabo una tutela inicialmente desde el ámbito civil y posteriormente de manera más rígida ahora por el ámbito penal.

Tanto en México como en España se han emitido leyes a partir del reconocimiento de la gravedad del fenómeno. En España, gradualmente se han incorporado al código penal diversas figuras que sancionan la violencia familiar y la de género, a partir de fórmulas agravadas en algunos tipos penales o transformando faltas en delitos; en México, al ser una república federal⁷⁸⁸ como se indicaba con anterioridad, sus Estados miembros, de forma soberana, incorporaron el delito de violencia familiar como una figura autónoma.

De esta forma, en México existen treinta y dos códigos penales del orden común, uno por cada estado; además, un código penal que rige en el orden federal. El resultado de esta dispersión legislativa es la falta de homogeneidad en los tipos penales relativos a la violencia familiar.

En aras de una mayor claridad y facilitar la comprensión de la legislación vigente sobre el tema, iniciaremos con un breve recorrido por sus orígenes, iniciando con el ordenamiento español, para luego ocuparnos de la legislación mexicana, dentro de la cual primero se estudiará el código penal federal y en segundo lugar la normativa penal michoacana.

⁷⁸⁷ Que podría denominarse enfoque publicista.

⁷⁸⁸ El artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una *República* representativa, democrática, laica, *federal*, *compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior*; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Énfasis añadido.

4.1.1. España.

La primera ocasión en que la legislación española aborda la regulación penal de la violencia familiar, es el artículo 425 del código penal de 1973, donde se preveía:

El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.

El tipo penal se construyó alrededor de la idea de habitualidad, debido a que la técnica por la cual la reincidencia tornaba una falta en delito, duramente criticada, resultaba dudosamente constitucional y sospechosamente cercana al Derecho penal de autor⁷⁸⁹. La acción sólo podría consistir en el ejercicio de violencia física, quedando fuera la psicológica por virtud del principio de legalidad. No se precisaba que el autor persiga una finalidad concreta, bastaba entonces cualquiera; en cambio, sí se exigía una cualidad específica de los sujetos: estar vinculados por diversas causas.

Parecía surgir un bien jurídico nuevo, distinto de los clásicos y se le relacionó con la paz familiar o la convivencia pacífica para luego considerarlo más cercano a la integridad moral de la víctima⁷⁹⁰.

4.1.1.1. La Ley Orgánica 10/1995.

Con el fin de adaptar el código penal a los valores y principios constitucionales del régimen democrático, el ordenamiento de 1973 perdió vigencia y fue sustituido por el actual, donde el tipo de violencia familiar se contempló como artículo 153, con la siguiente redacción:

⁷⁸⁹ Coinciden, DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Familiar”, en *Manuales de Formación Continuada*, No. 3, 1999, pp. 299-352; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, “La Habitualidad en el Maltrato Físico y Psíquico. Evolución Legislativa y Jurisprudencial del Artículo 153 Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 5, 2001, pp. 101-131.

⁷⁹⁰ En opinión de BOLEA BARDON, Carolina, “En los Límites del Derecho Penal frente a la Violencia Doméstica y de Género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, en línea, disponible en la página web <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>, p. 02-06 [accesada el 20 de abril de 2013].

El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Con la nueva estructura se corregían diversos defectos identificados en el anterior artículo 425 y se introdujeron algunas novedades.

En cuanto a la relación análoga de afectividad, atendiendo al señalamiento hecho por la doctrina, se exigió que fuera estable como en su caso se preveía para la falta del artículo 582; el círculo de sujetos pasivos se amplió para incluir a los ascendientes y con redacción más clara contemplar la relación entre la víctima y el autor; quedó precisada la compatibilidad del concurso con los resultados causados por los actos violentos, al no consistir en una agravante de la falta de malos tratos; y desapareció la frase “con cualquier fin”, aparentemente encaminada a excluir el ejercicio del derecho de corrección⁷⁹¹. Con la adición del requisito de estabilidad en la relación análoga, se pasó de la violencia familiar a la doméstica, pues aparentemente se exigía convivencia⁷⁹². Inicia también la escalada punitiva: de arresto mayor se pasa a prisión de seis meses a tres años.

No obstante, la cláusula concursal inserta en la parte final del párrafo introdujo un problema interpretativo de particularmente difícil solución: cómo es que el tipo ubicado entre aquellos contra la indemnidad personal (o la salud) podía entrar en concurso de delitos con los que se refieren a las concretas lesiones generadas por la violencia física emprendida⁷⁹³.

⁷⁹¹ Vid. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *op. cit.*, pp. 299-352 y GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *op. cit.*, pp. 101-131.

⁷⁹² Vid. BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, pp. 02:06.

⁷⁹³ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la ‘Violencia Doméstica’ a la ‘Violencia de Género’: ¿Un Paso Fallido hacia el Derecho Penal del Enemigo?”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios sobre la Tutela Penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 52.

4.1.1.2. La Ley Orgánica 14/1999.

Por medio de la Ley 14/1999 se concreta el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1998⁷⁹⁴, modificando el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el ordenamiento punitivo se contempló incluir como pena accesoria de determinados delitos, la prohibición de acercarse a la víctima⁷⁹⁵; tipificar como delito específico la violencia psíquica habitual sobre personas del entorno próximo⁷⁹⁶; hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los casos de faltas; así como dar proporción entre la sanción penal y las posibles consecuencias sobre la víctima⁷⁹⁷.

Ahora bien, en el ordenamiento adjetivo penal, se buscaba facilitar la inmediata protección de la víctima en tales ilícitos a través de una novedosa medida cautelar: la prohibición de residir o acudir a ciertos lugares, aproximarse o comunicarse con ciertas personas; permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, mientras que se eliminaba la obsoleta referencia a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres; se evitaba la confrontación visual entre el procesado y la víctima o testigos menores de edad, debiendo realizarse, en todo caso, a través de medios audiovisuales, tornándose la práctica de careos entre el procesado y menores de edad, excepción.

De nueva cuenta, el artículo 153 se modificó adoptándose el siguiente texto:

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio

⁷⁹⁴ Vid. Boletín Oficial del Estado número 138, del 10 de junio de 1999, p. 22251.

⁷⁹⁵ Artículos 33 (incisos f y g, así como adición de una letra b bis a su apartado 4), 39 (inciso f), 48, 57, 83 (inserción de un sub apartado 1º bis), 105 (adición del inciso g al apartado 1).

⁷⁹⁶ Modificación del artículo 153.

⁷⁹⁷ Artículos 617 (modificación de su apartado 2) y 620 (modificación del hasta entonces último párrafo y adición de un último párrafo).

de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

La violencia psíquica quedó ahora incluida en la descripción de la conducta típica, respondiendo a las severas críticas enderezadas contra el anterior tipo por infrainclusivo; la relación de convivencia se amplió dando cobertura a supuestos en los que ya no existe vínculo contractual o *more uxorio* del autor con la víctima, pero la violencia deriva de la pasada relación y el autor pretende mantener la situación de dominio y posesión sobre la ex pareja⁷⁹⁸; la habitualidad supuso, desde entonces, pluralidad de actos violentos, un sujeto pasivo de la conducta indeterminado en tanto fuera alguno de los mencionados en el precepto; proximidad temporal entre las conductas; e irrelevancia de que hubieran sido objeto o no de enjuiciamiento previo⁷⁹⁹.

El vago concepto de habitualidad podría ser más fácilmente concretado gracias a su incorporación en el tipo, lo que dejó en claro que ninguna relación existía con la reincidencia ni con la habitualidad descrita en el artículo 94 del mismo cuerpo legal. Resultado de su adopción como elemento del tipo, la habitualidad debería ser probada; simultáneamente, se resolvía el debate acerca de la vulneración al principio *ne bis in idem* toda vez que con ella se aludía a la creación de un estado permanente contrario a valores de rango constitucional, pero igualmente se dejaba en claro que el bien jurídico tutelado era distinto a la indemnidad física o psicológica de la víctima⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ En otras palabras, se reconoce que las relaciones de dependencia y subordinación generadoras del fenómeno criminológico no se basan siempre en una relación o convivencia común entre la víctima y el autor, según GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *loc. cit.*, p. 54. Se daba el primer paso a la expansión de la tutela penal para abarcar a sujetos que fueran víctimas de su pareja o ex pareja, o sea, el ejercicio de violencia penalmente relevante era también el producido por vínculos solamente afectivos, fueran presentes o pasados, BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:7.

⁷⁹⁹ *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *op. cit.*, pp. 299-352 y GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *op. cit.*, pp. 101-131; y BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:7.

⁸⁰⁰ *Cfr.* DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *op. cit.*, pp. 299-352, particularmente el número VIII; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *op. cit.*, pp. 101-131, apartado 4. El abandono de los fenómenos violentos

4.1.1.3. La Ley Orgánica 11/2003.

El 30 de septiembre de 2003 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, el decreto por el que se expide la Ley Orgánica 11/2003, sobre Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.

En lo relativo a la violencia doméstica, la justificación para lo ordenado fue, básicamente, el alcance multidisciplinar del fenómeno, lo que exige abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos; con la finalidad de que el tipo penal no adolezca de infrainclusión, y para asegurar que cumpla su finalidad de prevenir la comisión del delito y permitir la sanción de quien los ejecute.

Así, la relación de afectividad, parentesco o el ser o haber sido cónyuge del imputado, se tomarán en cuenta para agravar o atenuar las sanciones⁸⁰¹; las conductas que en el ordenamiento penal se tipifican como falta de lesiones, al ser ejecutadas en el entorno familiar, se convierten en delito⁸⁰², haciendo posible imponer pena de prisión y, sin excepción, de privación del derecho a la tenencia y porte de armas⁸⁰³; en tanto que las conductas de violencia doméstica realizadas habitualmente se prevén con una mejor sistemática, se amplía el grupo de posibles víctimas, se contempla la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y la posibilidad de sancionar con la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento⁸⁰⁴. Finalmente, se derogó el

exclusivamente domésticos inicia con esta reforma y apunta a la integridad moral o a la dignidad de algunas personas como bien jurídico protegido, sostiene BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:7.

⁸⁰¹ Artículos 23 y 66.

⁸⁰² Lo que se calificó como injustificado, pues el argumento en cuanto a que con ello se supera la imposibilidad de ordenar medidas cautelares en el caso de faltas, era ya inexistente, habida cuenta de la Ley 27/2003, donde se introduce la “orden de protección” como mecanismo rápido, fácil y efectivo para la efectiva salvaguarda de las víctimas de violencia doméstica, incluso en casos de faltas. La necesidad de pena ofrece un mejor camino, pero no exento de dificultades, pues se alza el peligro de que la alarma social conduzca a castigar con mayor severidad a lo permitido por el principio de proporcionalidad y la sola relación de parentesco no parece suficiente para justificar el salto en la respuesta penal, CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 154-155.

⁸⁰³ Artículo 153.

⁸⁰⁴ Artículo 173.

último párrafo del artículo 617, donde se preveía la sanción de las faltas que pasan a ser delitos⁸⁰⁵.

La nueva redacción del artículo 153 fue la siguiente:

El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante, el artículo 153 adolecía de ambigüedad sintáctica debido a que era posible asignarle al menos dos interpretaciones racionalmente válidas: una, en el sentido de que se equiparan a efectos de pena conductas cuyos efectos son distintos, toda vez que se menciona causar menoscabo psíquico o lesión, o bien golpear o maltratar sin causar lesión⁸⁰⁶; y la otra, en la línea de que las conductas tienen la misma trascendencia habida cuenta de que se impone tanto al menoscabo psíquico como a la lesión causadas, una cualidad que ambas deben compartir, el no estar definidas como delito. Desde luego, en la oración se refiere a causar menoscabo psíquico o una lesión “no *definidos* como delito”, en plural, y una lesión no definida como delito sólo puede ser aquella considerada como falta, según el artículo 617 del mismo ordenamiento; igualmente, la lesión que implica menoscabo a la salud física o mental (el

⁸⁰⁵ Pero el artículo 620 contenía una disposición semejante que permaneció inalterada, hasta que con la Ley Orgánica 15/2003 se corrigió el yerro.

⁸⁰⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *loc. cit.*, p. 40.

menoscabo psíquico) constituye delito sólo si se actualizan las condiciones previstas en el artículo 148.1 del código penal español.

Así, resultaba preferible el significado consistente en que la conducta indudablemente genera alguna alteración a la salud de la víctima, pero ella no podría consistir en lo que desde la ley se define como delito de lesiones, no sólo atendiendo a las reglas gramaticales y la estructura del enunciado legal; también al hecho de que los preceptos contenidos en el ordenamiento se vinculan entre sí haciendo necesario considerarlos en relación al contexto y no de manera aislada; conclusión que se ve confirmada porque lo contrario lleva a resultados absurdos: considerar prohibida una conducta tanto por causar la modificación del mundo externo al sujeto, como por no provocarlo.

De igual forma, el precepto incluía amenazar de modo leve usando armas u objetos peligrosos, creando una paradoja, toda vez que resulta contradictorio el calificativo de “leve” cuando al amago se acompaña el uso de objetos que de suyo son más riesgosos para el amenazado en comparación a que se profiriera la misma advertencia, pero sin ellos.

Con la Ley Orgánica 11/2003 se dio un giro de ciento ochenta grados al enfoque hasta ese momento utilizado para afrontar el problema: inicia el recurso a la conversión de faltas en delitos⁸⁰⁷ y se introduce la nueva figura típica de lesiones en la que no se exige habitualidad, aunque sí que la víctima fuera alguna de las mencionadas en el segundo apartado del artículo 173.

Por su parte, en este último se agregaron dos apartados para quedar como sigue:

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del

⁸⁰⁷ Precisa BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:12. Sin que la vulnerabilidad de los sujetos pasivos potenciales mencionados, tuviera la magnitud o intensidad necesaria para automáticamente convertirla en delito, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *loc. cit.*, p. 56.

cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

La violencia doméstica habitual descrita en el artículo 173 se contemplaría como delito contra la integridad moral⁸⁰⁸, zanjándose la discusión acerca del bien jurídico tutelado así como la posibilidad del concurso de delitos sin vulnerar el *ne bis in idem*; y de nuevo se amplió el grupo de posibles víctimas, desbordando no sólo el ámbito familiar, sino hasta el doméstico, pues se incluyeron las personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados⁸⁰⁹.

Se distinguió el delito de lesiones leves, de la violencia habitual: si bien ambos tenían como víctimas al mismo grupo de personas, el primero quedaba

⁸⁰⁸ BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:10.

⁸⁰⁹ La incorporación de quienes se integran al núcleo de convivencia familiar (expresión vaga que traerá problemas para su concreción, siguiendo el principio de legalidad) o de los especialmente vulnerables, recoge en un mismo precepto, tres clases distintas de violencia: doméstica, de género y asistencial, puntualiza BOLEA BARDON, Carolina, *op. cit.*, p. 02:12; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 196. Con esta reforma, la violencia de pareja se alejó de las relaciones exclusivamente familiares o domésticas, en opinión de GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *loc. cit.*, p. 55.

caracterizado como un tipo de resultado material e instantáneo, mientras el segundo era de mera actividad y permanente⁸¹⁰.

4.1.1.4. La Ley Orgánica 1/2004.

Más recientemente, en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, destinada a establecer medidas de protección integral contra la violencia de género, se expresaron como motivos para su emisión: la violencia dirigida contra las mujeres por el hecho de serlo vulnera los derechos a la vida y a la integridad física y moral consagrados en la Constitución; la alta incidencia de las agresiones contra mujeres ya no es un delito invisible, pues se ha logrado una mayor conciencia social sobre el fenómeno; que los poderes públicos no pueden permanecer ajenos a conductas que significan la violación de derechos fundamentales, pues la propia Constitución les obliga a tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos; atender las recomendaciones de organismos internacionales en cuanto a dar una respuesta global a la violencia contra las mujeres; abarcar los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, el ordenamiento civil en el ámbito familiar o de convivencia y desde luego, la respuesta penal; como también incluir la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.

Es en su Título IV donde esta normativa contiene normas penales. Así, la suspensión de la ejecución de la pena se condiciona, además de cumplir con la prohibición de ir a lugares determinados o acercarse a la víctima o quien determinara el juez, a la participación en programas educativos o similares⁸¹¹, al tiempo que su inobservancia deriva en la revocación de la suspensión⁸¹²; la sustitución de pena de prisión sólo se autoriza por trabajo a favor de la comunidad y se ordenará la sujeción a programas de reeducación y psicológicos, prohibición de ir a lugar determinado y acercamiento a la víctima u otras

⁸¹⁰ Distingue ambos artículos por la habitualidad exigida en el segundo y la restricción del primero a conductas aisladas o puntuales, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes de la Denominada “Violencia de Género” en el Código Penal Español. Apuntes Críticos”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 40.

⁸¹¹ Artículo 83, segundo párrafo del apartado 1, 6ª.

⁸¹² Artículo 84 apartado 3.

personas⁸¹³; se inserta en los tipos agravados de lesiones, el cometerlas con alevosía, uno específico para los casos de lesión producida contra quien fuera o hubiera sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una relación semejante de afectividad, aun sin convivencia, como también por la condición de vulnerabilidad de la víctima que conviva con él⁸¹⁴; se reformulan los malos tratos para contemplar las hipótesis de víctima quien fuera o hubiera sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una relación semejante de afectividad, aun sin convivencia, como también por la condición de vulnerabilidad de la víctima que conviva con él, y de miembros del grupo familiar, o con quienes conviva o se hallen sujetos a tutela, curatela, guarda o acogimiento del cónyuge o conviviente o persona ligada por relación semejante⁸¹⁵; se castigan como delito las coacciones leves⁸¹⁶, las amenazas leves⁸¹⁷ y las vejaciones leves⁸¹⁸ de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas.

En la Ley Orgánica 1/2004 se utiliza un concepto victimológico de violencia de género⁸¹⁹ con el que se describe un fenómeno social y se identifica a los sujetos que en él intervienen; y si bien tal concepto no es directamente utilizable para la construcción de tipos penales debido a la inexistencia de un proceso de “dogmatización” al que se le hubiera sometido con ese fin⁸²⁰, claramente se dirige a supuestos distintos a la violencia doméstica y a la familiar, según se verá al revisar enseguida los tipos penales modificados por esta ley.

Cabe señalar que el legislador español optó por establecer tipos derivados de los clásicos en los que se recogen las expresiones más comunes de la violencia, tanto de género como doméstica.

⁸¹³ Artículo 88, apartado 1, párrafo tercero.

⁸¹⁴ Artículo 148 2º, 4º y 5º.

⁸¹⁵ Artículo 153.

⁸¹⁶ Artículo 172, cuyo contenido se numera como apartado 1 y las coacciones leves como apartado 2.

⁸¹⁷ Artículo 171.

⁸¹⁸ Artículo 620.

⁸¹⁹ Violencia por la que se manifiesta la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, ejercida contra ellas por sus parejas o ex parejas, según el artículo 1.

⁸²⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “El Concepto de ‘Violencia de Género’ de la LO 1/2004 en el Sistema Penal: Fundamento, Trascendencia y Efectos”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 27, 2012, p. 38.

4.1.1.4.1. Protección contra las Lesiones.

El artículo 148 se modificó para quedar de la siguiente forma:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se contemplan los subtipos agravados del tipo básico de lesiones, por lo que atendiendo al objetivo perseguido con la LO 1/2004, no se entiende la razón para insertar en el segundo número la alevosía, pues ella resulta aplicable independientemente del sexo de los sujetos⁸²¹.

Además, se incorporó, como cuarto supuesto, que la víctima fuera mujer vinculada al autor por matrimonio o análoga relación afectiva, vínculo que podría ser presente o pasado, en tanto que la agravante opera automáticamente por la sola circunstancia del sexo de la víctima, aun cuando no existiera ningún tipo de convivencia ni habitualidad.

Opera entonces una presunción *ex lege* de especial vulnerabilidad cuando se trate de mujeres; en cambio, la hipótesis contenida en el quinto supuesto requiere prueba sobre la situación de vulnerabilidad de la víctima y la convivencia con el autor⁸²².

⁸²¹ Opina que ello se debe a la precipitación del legislador, seguramente preocupado por la situación de indefensión de la mujer frente a su pareja, pero que no advirtió el alcance de la previsión, LAURENZO COPELLO, Patricia, “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración Político-Criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, en línea, disponible en la página web <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, p. 08: 10 [accesada el 10 de octubre de 2014].

⁸²² Como enfatiza BOLEA BARDON, Carolina, *loc. cit.*, p. 02:14.

4.1.1.4.2. Protección contra los Malos Tratos.

Por lo que corresponde a la nueva redacción del artículo 153 del código penal, éste quedó redactado como sigue:

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

Coherente con la presunción *ex lege* de vulnerabilidad de las mujeres introducida en el artículo 148, el delito se configura a partir de la clase de víctima, manteniéndose la idea de maltrato y menoscabo psíquico que no implicara

tratamiento médico; las amenazas se trasladaron a los apartados 4 y 5 del artículo 171.

En el mismo precepto se pueden distinguir tres regímenes: el destinado a una víctima mujer relacionada al autor como *su* pareja (por vínculo legal o por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia); el previsto cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable; y el correspondiente al resto de las personas vinculadas al autor, de acuerdo con el artículo 173.2, señalándose a los dos primeros, la misma pena.

4.1.1.4.3. Protección contra las Amenazas.

En el artículo 171 se adicionaron tres apartados⁸²³, de manera que el nuevo texto es:

1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el

⁸²³ El 4 al 6.

Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

Al igual que en el artículo anterior, se equipara la condición de mujer con la de persona especialmente vulnerable, tanto al contemplar ambos supuestos en el mismo apartado, como al asignar la misma pena. No es preciso el acometimiento físico o verbal, sino el ejercicio de poder a través de la intimidación.

4.1.1.4.4. Protección contra las Coacciones.

El artículo 173 fue adicionado con un segundo apartado, por lo que se reordenó de la forma que a continuación se enuncia:

1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de

12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

4.1.1.5. La Ley Orgánica 1/2015.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el Código Penal español; modificación que alcanzó algunos aspectos de los delitos vinculados con los malos tratos y lesiones, violencia de género y doméstica.

Vale aclarar que dicha modificación normativa no cambió esencialmente los tipos penales a los que se refiere esta investigación; sin embargo, acorde con la Exposición de Motivos, en su punto XXII, introdujo las modificaciones a las que se hace referencia a continuación.

Introduce, en primer término, la agravante de “género” dentro del artículo 22.4, como “otra clase de discriminación”; de igual manera, la medida de libertad

vigilada existente desde 2010, se ve extendida ahora a los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

Acorde con la Ley Orgánica referida, la desaparición de las faltas ha dado lugar que los delitos de violencia doméstica y de género se adapten, de manera que en el artículo 153.1, las conductas antes identificadas como faltas (“no constitutivas de delitos”), ahora son conductas lesivas de menor gravedad, remitiéndose al numeral 147.2.

En otro orden de ideas, en relación con ambos tipos (violencia doméstica y de género), ya no se exige denuncia previa de la víctima, como se requería en los delitos leves.

Finalmente, también puede advertirse la introducción de los siguientes cambios: la no imposición de penas de multas que pudieran generar perjuicio a la víctima o al ámbito familiar, cuando existen relaciones patrimoniales entre agresor y víctima, de origen conyugal o cuando exista descendencia común; y, de igual manera, la tipificación expresa de la inutilización de dispositivos telemáticos.

Tal es el régimen legal vigente de la violencia familiar en España derivado de la evolución legislativa que se ha mencionado en los párrafos previos.

A continuación se procederá al análisis de la génesis y evolución legislativa que respecto de dicho tipo penal ha tenido verificación en México, tanto a nivel federal, como particularmente en el Estado de Michoacán.

4.1.2. México.

Cabe reiterar, como se indicó al inicio de este capítulo, que la mención a la normativa federal es sólo referencial, pues el análisis central es con la normativa penal michoacana.

4.1.2.1. Ámbito Federal.

Por su calidad *sui generis* de lugar en el que tienen su asiento los poderes federales, el Congreso de la Unión, que tenía la facultad de legislar en el orden federal, también lo retenía para hacerlo en el orden común respecto del Distrito Federal.

En tal virtud, existía un código penal con un doble ámbito de validez: el Distrito Federal tratándose de delitos del orden común, y en todo el territorio nacional para delitos en materia federal.

En dicho ordenamiento se contempla el delito de violencia familiar, al igual que en el resto de los 32 códigos penales locales, siendo prácticamente inaplicable el federal, por las razones que se precisarán *infra*.

4.1.2.1.1. La Incorporación del Delito de Violencia Familiar a la Normativa Federal (1997).

El 6 de noviembre de 1997, se recibió en la Cámara de Diputados del Congreso federal mexicano, la iniciativa de reforma a diversos ordenamientos en la que se integraron tanto la propuesta del Ejecutivo Federal como las observaciones del Senado, en cuanto Cámara de Origen.

Turnada a la Comisión de Justicia, se enriqueció con opiniones de especialistas en la materia y ponencias presentadas en el panel convocado por la Comisión de Equidad y Género; el dictamen resultante se sometió a la consideración del Pleno, donde se presentaron nuevas observaciones y sugerencias.

El proyecto de decreto legislativo contemplaba ⁸²⁴ modificaciones al Código Civil y al de Procedimientos Civiles, en tanto que respecto al entonces Código penal para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, se proponía establecer la obligación de cubrir el monto de los tratamientos psicoterapéuticos necesarios, en los casos de delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual o violencia familiar, a cargo del sujeto responsable⁸²⁵; en el tipo de corrupción de menores se incrementaba la pena y abría la posibilidad de que personas no ligadas por parentesco a la víctima (quien ahora sería cualquier incapaz, no sólo menores de edad), fueran considerados sujetos activos por convivir en el mismo domicilio ⁸²⁶; se incrementaba la pena en los tipos de abuso sexual⁸²⁷ para guardar relación con

⁸²⁴ Vid. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, año I, número 0, p. 3 y ss.

⁸²⁵ Lo que suponía adicionar la fracción II del artículo 30, donde se prevé lo relacionada a la reparación del daño.

⁸²⁶ Artículo 203.

⁸²⁷ Artículos 260 y 261.

el nuevo tipo de violencia familiar introducido⁸²⁸; ante una jurisprudencia criticable⁸²⁹ y criticada, se optaba por precisar que el delito de violación sí podía existir entre cónyuges⁸³⁰, así como la igualación de penas entre la violación y el delito asimilado a ella⁸³¹.

De igual forma, se aumentaba la pena en caso de amenazas⁸³², lesiones⁸³³ o difamación⁸³⁴, si el sujeto activo era una de las personas señaladas en el artículo 343 *bis*; se sugería derogar la atenuante por emoción violenta en delitos de lesiones y homicidio⁸³⁵; se proyectaba introducir el capítulo, así como el tipo de violencia familiar al Título Décimo noveno del código penal⁸³⁶; y se proponía adicionar el tipo de sustracción de menores por algún pariente⁸³⁷.

En cuanto a la ley procesal penal, se planteaba introducir una regla especial de comprobación para el delito de violencia familiar⁸³⁸.

Los autores de la iniciativa establecían como bien jurídico a tutelar por la ley penal, la convivencia armónica de los miembros de una familia, así como de quienes no siendo parte de ella, habitan en el mismo hogar⁸³⁹.

Los motivos que se exponen en la propuesta para justificar su confección, son diversos: el derecho de todas las personas a una vida digna, libre de violencia y a la sana convivencia como base para el desarrollo de las propias potencialidades, tanto en el aspecto social, como –con mayor razón– en el familiar; la negación de un “derecho de propiedad” natural o jurídico entre las personas, incluso las relacionadas por parentesco o matrimonio; la tendencia internacional en el sentido de considerar el fenómeno como una cuestión de interés público, y no un tema que deba quedar en la privacidad del núcleo

⁸²⁸ Artículo 343 *bis*.

⁸²⁹ Pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación, con el número 77, en mayo de 1994, identificándola como Tesis 1a./J. 10/94, con el número de registro 206115, sosteniendo que la imposición de la cópula “normal” en forma violenta por un cónyuge al otro, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación.

⁸³⁰ Artículo 265.

⁸³¹ Artículo 265 y 266.

⁸³² Artículo 282.

⁸³³ Artículo 300.

⁸³⁴ Artículo 350.

⁸³⁵ Artículo 310.

⁸³⁶ En los artículos 343 *bis*, 343 *ter* y 343 *quater*.

⁸³⁷ Artículo 366 *quater*.

⁸³⁸ En el artículo 115.

⁸³⁹ *Vid.* Gaceta..., p. 9.

familiar⁸⁴⁰; las obligaciones que en el ámbito internacional contrajo el Estado mexicano en materia de violencia contra las mujeres y los menores⁸⁴¹; la necesidad de acotar el fenómeno para evitar que se perpetúe o peor aún, se agrave; entre otras.

Así, según publicación en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 30 de diciembre de 1997 entra en vigor el delito denominado “violencia familiar” incorporado en el Capítulo VIII, con el mismo nombre, del Código penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

El tipo básico quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 343 bis. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz, en que se perseguirá de oficio.

La pésima construcción legal generó debate acerca de si tal disposición constituye un tipo penal, o sólo un par de definiciones⁸⁴²: la primera sobre qué es la violencia familiar (primer párrafo) y la segunda acerca de quién puede

⁸⁴⁰ Cfr. el capítulo segundo, *ut supra*.

⁸⁴¹ A la sazón, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer era ya obligatoria según el derecho internacional para nuestro país desde el 3 de septiembre de 1981; en tanto que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, había sido ratificada por el Senado el 26 de noviembre de 1996, con lo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de diciembre de 1996, siendo obligatorio su cumplimiento, desde entonces, según el derecho nacional mexicano.

⁸⁴² Que podrían clasificarse como estipulativas en lo tocante al primer párrafo y aclaratoria en el segundo, según MENDOCA, Daniel, *Las Claves del Derecho*, GEDISA, Barcelona, 2000, pp. 114-117. No consideran normas a las definiciones, ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Norma Jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, V. II, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000, p. 139.

cometerla (segundo párrafo), las cuales deben ser relacionadas en una interpretación sistemática para extraer un significado coherente, pues en el segundo párrafo no queda claro si se establece un catálogo de sujetos activos potenciales al que se agrega la condición de habitar en el mismo domicilio que la víctima, o se considera que se comete el delito por habitar el mismo inmueble que la víctima⁸⁴³.

El enunciado legal es problemático, se criticó su obscuridad y lo difícil que era aprehender la materia de prohibición; primero, porque ni la fuerza física o moral, como tampoco la omisión son objetos que puedan usarse⁸⁴⁴; segundo, habida cuenta de que al exigir reiteración, no quedaba claro si con ello se aludía a llevar a cabo la misma conducta, o bien, al empleo en múltiples ocasiones de la violencia o de la omisión⁸⁴⁵; tercero, debido a que para algunos el empleo de fuerza física no necesariamente implica violencia, de manera que se comprenderían conductas irrelevantes⁸⁴⁶, violando con ello el principio de *ultima ratio*⁸⁴⁷.

Por otro lado, la cláusula final del enunciado dejaba en claro que se trataba de un tipo de mera actividad, abriendo la puerta para que entrara el concurso de delitos⁸⁴⁸.

⁸⁴³ FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 311. Sostienen que sí es un tipo legal CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 73.

⁸⁴⁴ Así, FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 314.

⁸⁴⁵ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *op. cit.*, p. 68 y FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁴⁶ No obstante, la equiparación que en el Derecho Romano se hizo de la fuerza a la violencia, pasó al Derecho Hispano medieval. Así, en la Ley 1, Título 10 de la Partida VII, se define a la fuerza como “*cosa hecha a uno torticeramente, de la que no se puede amparar el que la recibe*”, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, facsimilar (1758), México, 2004, p. 96. Por esta razón, del siglo XII al XVI se le utilizó con el significado de violencia, o bien, como “*vigor muscular*” al que alude FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 314, como “*significado más elemental*”; sin embargo, si bien se trata de la primera acepción del vocablo, proveniente del latín tardío *fortia*, derivado de *fortis*: “fuerte”, ello no obedece al origen sino a su uso más generalizado, según las reglas en la confección de diccionarios de la lengua, Voz “Fuerza”, en ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española (Siglos XII al XX): Etimológico, Tecnológico, Regional e Hispanoamericano*, T. II (D-M), Aguilar, Madrid, 1968, p. 2070. Pero también en la legislación moderna se ha utilizado el término fuerza como sinónimo de violencia (impedimento para el matrimonio, a. 156, fracción VII del código familiar; o como excepción a la obligación del arrendador de garantizar el uso pacífico de la cosa objeto del contrato, respecto del abuso de fuerza de terceros, a. 2418 del código civil) y hasta se define expresamente a la violencia como fuerza, tanto en su vertiente física como en el sentido de amenazas (al ocuparse de los vicios del consentimiento en los contratos, a. 1819 del código civil), con lo que se aprecia claramente el contenido de las voces en el campo jurídico mexicano, heredero de las tradiciones romana e hispánica.

⁸⁴⁷ FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 314.

⁸⁴⁸ Admiten el concurso ideal con los tipos de lesiones, homicidio o amenazas, CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *op. cit.*, p. 93; en cambio, lo trata como concurso de leyes, FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 317.

La referencia a omisiones graves era igualmente difícil, ya que se carecía de parámetros objetivos para delimitarlas, como también para valorar su gravedad, violándose el mandato de taxatividad y el principio de igualdad⁸⁴⁹.

En el artículo 343 *ter* se contenía un tipo equiparado al de violencia familiar, pues en él se decretaba:

Artículo 343 ter. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.

La conducta típica consistía en realizar cualquiera de las descritas en el artículo 343 *bis*, con la diferencia de que el grupo de víctimas potenciales se compone de quien se haya unido al autor por causa diversa al matrimonio, los parientes de esta última hasta el cuarto grado, o de quien esté sujeto por diversas razones a la pareja del autor y vivan en la misma casa que él.

La redacción no dejaba claro qué ha de entenderse por “unión fuera del matrimonio” y cómo se diferencia, por ejemplo, del concubinato contemplado en el artículo 343 *bis*.

Una posibilidad es que el supuesto normativo alude a la relación de noviazgo, ya que sería un vínculo entre dos personas que no llega a ser concubinato y desde luego es diversa al matrimonio; otra sería el caso de una relación que no cumpliera con cierto requisito del concubinato, por ejemplo la temporalidad, el distinto sexo o el estado civil (soltería) de los convivientes, pero sí el resto.

Se trata de hipótesis de violencia doméstica, según ha podido advertirse de apartados precedentes⁸⁵⁰, lo que resultaba correcto, si bien no enteramente satisfactorio; correcto porque como se ha visto, violencia doméstica y violencia familiar no son sinónimos sino fenómenos diversos, insatisfactorio porque al asignar la misma penalidad a casos de quienes conviven como una familia

⁸⁴⁹ En este sentido, FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *op. cit.*, p. 313.

⁸⁵⁰ *Vid.* capítulo I, apartado correspondiente a la distinción entre violencia familiar y violencia doméstica.

aunque jurídicamente no lo sean y a aquellos en los que la convivencia deriva de relaciones contractuales (educación o instrucción)⁸⁵¹, se vulnera el principio de proporcionalidad.

Llama entonces la atención que se inicie con vínculos de parentesco entre la víctima y la pareja del autor, luego se incluyan la sujeción por custodia, guarda y protección, para dar el salto a un ligamen derivado de la educación o instrucción, el cual se decanta en todo caso al ámbito laboral o de prestación de servicios que a la relación familiar.

Lo mismo en cuanto a que se introdujera como condición para la integración del delito, que el agresor y agredido habitaran el mismo domicilio, pues no se imagina fácilmente cómo alguien sujeto a instrucción o educación de una persona viva en su casa.

Con la reforma al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996, el gobierno del Distrito Federal quedó a cargo de los poderes federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial locales. Al órgano legislativo del Distrito Federal⁸⁵² se facultó para legislar en materia penal dentro del orden común.

La mencionada enmienda constitucional entró en vigor el 1 de enero de 1999, de manera que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal se escindió, adoptándose a partir del 19 de mayo de 1999 sus disposiciones en el orden federal bajo la denominación de Código Penal Federal, en tanto que el órgano legislativo del Distrito Federal emitió una serie de reformas que se incorporaron a las disposiciones abrogadas, transformándose desde el 1 de octubre de esa anualidad, en el llamado Código Penal para el Distrito Federal.

4.1.2.1.2. La Reforma Federal de 2012 en Materia de Violencia Familiar.

Como ya se mencionó, al crearse el ordenamiento penal federal, el texto primigenio fue conservado; sin embargo, el 14 de junio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se modificaban los artículos

⁸⁵¹ Por ejemplo, la originada entre las parejas del personal docente de un internado y sus alumnos.

⁸⁵² Denominado Asamblea Legislativa.

343 *bis* y 343 *ter*, constituyendo hasta ahora el texto vigente en el código penal federal mexicano.

Desde el 18 de noviembre de 2009 hasta el 17 de marzo de 2011 se presentaron en la Cámara de Diputados nueve iniciativas de modificación a diversos ordenamientos federales, entre ellos, el código penal⁸⁵³, analizándose de manera conjunta por tener como finalidad garantizar el acceso de las mujeres a la justicia⁸⁵⁴.

La iniciativa que contemplaba modificar los artículos 343 *bis* y 343 *ter* del código penal federal⁸⁵⁵, partió de la ineficacia del tipo de violencia familiar en el ordenamiento penal federal para justificar la necesidad de adecuarlo a la realidad social⁸⁵⁶; no obstante, en el análisis conjunto de las propuestas, se preconizaba como sustento de su enmienda, la necesidad de armonizar el tipo de violencia familiar con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, incluyendo en la formulación normativa la descripción contenida en aquella⁸⁵⁷.

El 13 de diciembre de 2012 el dictamen de las comisiones unidas de Justicia y de Equidad de Género en el que se contenía el proyecto de decreto para modificar los diversos ordenamientos fue aprobado. Así, de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución federal, al tratarse de un proyecto de decreto cuya resolución no corresponde en exclusiva a la Cámara de origen, se envió a la Cámara de Senadores para su revisión y discusión.

En sesión del 19 de abril de 2012 el proyecto de decreto de los diputados fue desechado en parte y modificado en otra, aprobándose un nuevo proyecto de decreto en el dictamen correspondiente, empero, en él nada se indicó respecto de los artículos 343 *bis* y 343 *ter*, que pasaron inalterados⁸⁵⁸. De esta

⁸⁵³ Vid. la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, LXI legislatura, año XV, número 3408, anexo III, 8 de diciembre de 2011, pp. 17-19.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, primera consideración, p. 20.

⁸⁵⁵ Formulada por la diputada Diva Hadamira Gastélum Bajo, según la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, LXI legislatura, año XIV, número 3213, anexo VII, 3 de marzo de 2011, pp. 89-115.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁵⁷ *Gaceta...*, número 3408, p. 40.

⁸⁵⁸ Vid. la *Gaceta del Senado*, LXI legislatura, año III, 2º periodo ordinario, número 381, 20 de abril de 2012, pp. 11-77.

forma, el dictamen se devolvió a la Cámara de origen⁸⁵⁹, donde el 30 de ese mes se aprobó el decreto de reformas⁸⁶⁰.

4.1.2.1.3. Observaciones sobre la Inaplicabilidad del Tipo Penal Federal.

En este trabajo de investigación se ha procurado, por una cuestión meramente referencial, hacer alusión a la tipificación del delito de violencia familiar en el contexto federal.

Sin embargo, no debe olvidarse, tal como fue mencionado al inicio de este capítulo, que acorde con lo establecido en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la organización político-jurídica de nuestro país es la de una república representativa, democrática, laica y federal, constituida por entidades libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidas en una federación sustentada en los principios de la propia norma constitucional.

Una de las expresiones de la autonomía de la que gozan los estados que integran la federación, radica en la facultad de legislar en torno a aquellas materias que no se encuentran reservadas al Congreso de la Unión⁸⁶¹; de ahí que, al no ser propia de la función de éste la emisión de leyes sustantivas penales, cada entidad federativa se encuentra en aptitud de hacerlo.

Ello ha dado lugar a que, a nivel nacional, existan: una legislación penal federal; 31 legislaciones penales locales; y una más que corresponde al régimen *sui generis*⁸⁶² del Distrito Federal, cuya Asamblea Legislativa se encuentra facultada para emitir (entre otras) legislación en materia sustantiva penal, considerada del fuero común en cuanto a su aplicabilidad.

Este fenómeno ha generado que cada órgano legislativo a nivel local haya regulado la respuesta penal al fenómeno de la violencia familiar en forma diferenciada; pudiendo advertirse notas distintivas entre los diversos tipos que se crearon para tal finalidad.

⁸⁵⁹ Conforme al inciso E del artículo 72 de la ley fundamental mexicana.

⁸⁶⁰ *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, LXI legislatura, año XV, número 3501, anexo XII, 30 de abril de 2012.

⁸⁶¹ *Vid.* Art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁶² *Vid.* Art. 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El carácter *sui generis* al que se ha hecho referencia deriva del hecho de que el gobierno del Distrito Federal se encuentra cargo, tanto de los Poderes Federales como de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local.

Y es que, dada la autonomía de la que goza cada uno de los órganos legislativos de los estados, se ha dado lugar a que la regulación del tipo a nivel federal constituya una mera referencia que aquellos no están obligados a seguir o reproducir.

Se ha sostenido que el tipo penal de violencia familiar previsto en el Código Penal Federal resulta meramente referencial, porque los preceptos que lo contemplan devienen prácticamente inaplicables.

Ello es así, porque si bien la aplicación del derecho penal objetivo tiene como condición necesaria que se halle positivizado, esto no es suficiente: se requiere un órgano jurisdiccional dotado de la facultad para conocer de determinadas controversias en las que esa ley pueda invocarse; a eso se conoce como competencia, la que en su aspecto objetivo se determina en razón de diferentes criterios: territorial, de la materia, las personas y otros⁸⁶³.

En el artículo 104 de la Constitución General de la República se establece la competencia de los tribunales federales para conocer de casos relacionados con delitos del mismo orden.

Entonces, aunque en el artículo 1º del Código Penal federal se disponga su aplicabilidad para todos los delitos de ese ámbito, es en el numeral 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación donde se precisa que por tales se entenderán, del ordenamiento penal federal únicamente los ilícitos incluidos en once incisos, de los cuales sólo uno podría subsumirse al tipo de violencia familiar o su equiparado⁸⁶⁴.

Esa formulación normativa se construye a partir de que la víctima del delito sea alguno de los altos funcionarios federales taxativamente enunciados, lo que *prima facie* llevaría a afirmar que fuera de esos casos, la competencia se surtirá en favor de las autoridades locales; en otras palabras, que la competencia

⁸⁶³ Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 83-84; NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, EDISOFER-B de F, Buenos Aires, 2012, pp. 42-44; GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Derecho Procesal Penal*, Colex, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 144.

⁸⁶⁴ En el inciso g de la fracción I se contempla: “Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, así como los cometidos contra el Presidente de la República, los secretarios del despacho, el Procurador General de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros, magistrados y jueces del Poder Judicial Federal, los miembros de Consejo de la Judicatura Federal, los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los miembros del Consejo General del Instituto Federal Electoral, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los directores o miembros de las Juntas de Gobierno o sus equivalentes de los organismos descentralizados; [...]”.

se determina *ratione personae* como un “aforamiento”⁸⁶⁵, pero al revés, ya que no funciona como privilegio del sujeto activo del delito, sino como medida de protección del pasivo.

Sin embargo, según se advierte de la exposición de motivos que llevaron a la modificación del precepto, ésta se justificó aduciendo que con ello se evitaría dejar a la interpretación de los operadores jurídicos la definición de cuándo uno de los servidores públicos mencionados está en ejercicio de sus funciones; así como tener por objetivo la salvaguarda y la seguridad de quienes por razón de sus encargos puedan ser objeto de represalias, dejando claro que los delitos cometidos contra ellos serán investigados y procesados en el orden federal⁸⁶⁶.

La intención del legislador fue establecer un catálogo de víctimas potenciales para establecer la competencia de los órganos federales de procuración y administración de justicia; no obstante, no como criterio único o absoluto, sino en relación a que el delito cometido contra ellos tuviera como origen el ejercicio del cargo público, o sea, cuando se tratara además de una venganza por su quehacer oficial⁸⁶⁷.

De lo anterior se obtiene que los artículos 343 *bis* y 343 *ter* no serían aplicables incluso cuando la víctima del delito fuera alguno de los funcionarios públicos señalados en la ley orgánica de los tribunales federales, toda vez que como se ha visto, la violencia familiar tiene sus causas en relaciones asimétricas, en el ejercicio de poder, en el comportamiento agresivo de carácter sistemático, siempre que ello ocurra en el ámbito doméstico⁸⁶⁸, nada de lo cual se origina en el ejercicio de algún cargo público.

En esta tesitura, el tipo penal de violencia familiar previsto en el ámbito federal resulta prácticamente inaplicable; de ahí que sean los distintos tipos establecidos en las legislaciones penales locales los que verdaderamente cobran aplicabilidad material.

⁸⁶⁵ Definido como el privilegio procesal por el que ciertas autoridades son sustraídas de su juez natural en GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 150; coinciden ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 85 y NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁶⁶ *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, LVII legislatura, año III, número 501, anexo II, 27 de abril de 2000, p. 8.

⁸⁶⁷ Según se desprende del dictamen aprobado en la Cámara de Senadores el 26 de octubre de 2011, *Gaceta del Senado*, LXI legislatura, año III, 1^{er} periodo ordinario, número 297, 26 de octubre de 2011, p. 80.

⁸⁶⁸ *Vid. supra* capítulo I, donde se aborda el análisis del marco conceptual.

Lo anterior es así, porque además de encontrarse positivizados, su aplicabilidad queda materializada en virtud de que los sujetos activo y pasivo no requieren de una condición distinta a la establecida en cada uno de ellos, existiendo tribunales que resultan competentes para su aplicación.

Esto es, la propia configuración típica de los delitos tiene como destinatarios a los particulares, y al aludir a conductas que por su naturaleza competen a ese ámbito y no implican que su ejecución se lleve a cabo en detrimento de un servidor público en ejercicio de funciones, su sancionabilidad resulta idónea en el ámbito del fuero común.

Como se ha indicado, el delito de violencia familiar recibe un tratamiento diferenciado en cada una de las entidades federativas; fenómeno que no solamente se presenta en la definición de las sanciones aplicables, sino más aún, en la determinación que los elementos que son propios al tipo.

Ahora, por razones de delimitación territorial de este trabajo, me he decantado por efectuar un análisis exclusivo del tipo penal de violencia familiar previsto en el Código Penal del Estado de Michoacán.

Lo anterior, porque resultaría impráctico llevar a cabo el estudio de todas y cada una de las legislaciones penales locales; y, además, porque es en esta entidad federativa en la que resido y ejerzo funciones jurisdiccionales; de ahí que haya centrado la investigación en el tratamiento que ha recibido el delito en esta entidad federativa y no en una diversa.

De esta manera, puede concluirse que la previsión normativa del delito de violencia familiar a nivel federal es solamente referencial e incluso, constituye una figura típica “decorativa”; porque atendiendo al ámbito de aplicabilidad que es propio del Código Penal Federal, no será posible su configuración material.

4.1.2.2. Ámbito Estatal. El Caso Específico de Michoacán.

A continuación, como se indicó previamente, se examinará la evolución legislativa que el ilícito de violencia familiar ha experimentado en el Estado de Michoacán, como una de las entidades federativas que, de manera soberana y autónoma, han legislado en esta materia.

4.1.2.2.1. Incorporación Originaria del Delito de Violencia Familiar (2001).

En el Estado de Michoacán de Ocampo, por Decreto número 139, publicado en el Periódico Oficial del Estado, con fecha 19 de abril de 2001, se adicionó el Capítulo Sexto, al Título Décimo Primero denominado *Delitos contra el Orden Familiar* para incorporar en él, como artículo 224 *bis*, la descripción típica del delito de violencia familiar

En la Exposición de Motivos correspondientes a esta reforma, se mencionaron como razones para la incorporación de dicha conducta⁸⁶⁹, la demanda recurrente en cuanto a que la legislación estatal brindara mayor protección a la libertad, la seguridad jurídica, la dignidad y los derechos de la familia, de la mujer y de los menores; el compromiso de los integrantes de la Legislatura de procurar la equidad de género, reconociendo la legitimidad de las demandas planteadas por grupos organizados en defensa de la igualdad de género y protección del núcleo familiar; la necesidad de legislar en la materia ante el nivel de violencia alcanzado en algunas familias⁸⁷⁰, generadora de constante desintegración, lo que deriva en adicciones o delincuencia juvenil y un aumento de niños en situación de abandono; la necesidad de legislar por la presencia de violencia familiar en gran número de hogares, constituyendo parte de la idiosincrasia de muchos ciudadanos y abona a la idea de superioridad del varón; la urgencia de legislar para reducir los impactos negativos en la vida de las víctimas; la especial importancia de su atención médica y psicológica para evitar que se tornen en victimarias; y lo importante de garantizar el derecho de convivencia a quienes ejercen la patria potestad.

En el dictamen de la iniciativa los compromisos internacionales y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, son también mencionados para sustentar la propuesta.

Respecto a la “demanda recurrente” para la protección más amplia y especial, entre otros, a los derechos de la familia, no se ofrece mayor información para establecer desde cuándo inició tal exigencia y mucho menos de quiénes ha

⁸⁶⁹ En sentido de tipificación.

⁸⁷⁰ Si bien no se ofrecen datos, ni se cita un estudio serio realizado en la materia, lo que lleva a suponer que se trata más de percepción que de realidad.

provenido, con lo que no es más que un recurso retórico sin sustento objetivo alguno.

A partir de reconocer la legitimidad de las demandas de diversos grupos organizados promotores de la igualdad de género y protección del núcleo familiar en todos sus aspectos, se llega a la conclusión de que es “*imprescindible* legislar en materia de violencia familiar”⁸⁷¹.

A pesar de que para entonces el tipo de violencia familiar tenía al menos tres años de vigencia en México y en otros países aún más⁸⁷², nada de esa experiencia se estudia a fin de elegir herramientas realmente efectivas y adoptar las mejores medidas para enfrentar el fenómeno, o bien, evitar incurrir en errores sufridos por los precursores en el tema.

Es de señalar que la argumentación de la iniciativa y del dictamen formulado por el legislador michoacano, así como la inexistencia de datos objetivos para sustentar la reforma legal, permiten considerar más factible la hipótesis de “*inercia legislativa coyuntural-mimética*” respecto de la legislación federal⁸⁷³, que la “apertura democrática” o la influencia de grupos de presión, como verdadera motivación de la reforma legal⁸⁷⁴.

El texto del artículo 224 *bis*, era el siguiente:

Al que por omisiones graves o haciendo uso intencional de la fuerza física o moral, cause perjuicio o menoscabo a la integridad física, psíquica o ambas, ya sea de su cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, o de las personas con quienes mantenga relaciones familiares de hecho, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho a heredar respecto de los bienes de la víctima. Además, se sujetará al responsable a tratamiento psicológico especializado.

Se considera de interés público la asistencia médica y psicológica de la víctima, para lo cual el Estado prestará dicha asistencia a través de dependencias oficiales, pudiendo realizar convenios con instituciones das o con organismos no gubernamentales.

⁸⁷¹ Subrayado añadido.

⁸⁷² Por ejemplo España, según veremos en apartados subsecuentes.

⁸⁷³ Apuntada por GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *Consideraciones Básicas en Torno al Origen y Evolución de la Legislación Penal Michoacana*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo/Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, Morelia, 2003, p. 129, nota 138.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 109.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida salvo que la víctima sea menor o incapaz, caso en el que se perseguirá de oficio.

En términos parecidos al primer enunciado legal sobre violencia familiar en México, se contemplaba “usar” fuerza física o moral, o bien, omisiones graves. El legislador michoacano desaprovechó la oportunidad para corregir los errores de la primigenia elaboración y reprodujo sus vicios.

Se distinguió, en cambio, por configurar la violencia familiar como un tipo de resultado material, pues se exigía que las omisiones o la fuerza empleadas generaran perjuicio o menoscabo a la integridad física o psíquica de la víctima.

Adicionalmente, resultaba incongruente justificar la introducción de la conducta al ámbito penal por la gravedad del hecho y las consecuencias negativas que acarrea, y, al mismo tiempo, configurarlo como un delito perseguible por querrela. En otras palabras, se propugnaba la intervención del Derecho penal por la relevancia social del fenómeno y sin embargo era construido como un delito que afecta sólo intereses particulares.

De la misma forma, no era entendible cómo a partir de buscar proteger la libertad, la seguridad jurídica, la dignidad y los derechos de la familia, de la mujer y de los menores, el tipo fuera ubicado en el Título destinado a los *Delitos contra el orden familiar* y se exigiera la producción de un menoscabo en el aspecto físico o psicológico. En otras palabras, los motivos esgrimidos para justificar la tipificación de la conducta no se corresponden con el producto generado, pues la conducta descrita ya estaba prevista como agravante del delito de lesiones en razón del vínculo entre autor y víctima, con la posibilidad de alcanzar una pena mayor.

4.1.2.2.2. La Reforma al Código Penal de 2004, Adicionando el Artículo 224 Bis del Código Penal.

Posteriormente⁸⁷⁵, el precepto fue modificado el 25 de junio de 2004 con la adición de un segundo párrafo en el que se contempla la posibilidad de imponer, en forma alternativa o simultánea, la prohibición de ir a lugar

⁸⁷⁵ Mediante decreto 456 publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 6 de julio de 2004.

determinado o de residir en él; la restricción de comunicarse o tener acercamiento con la víctima por el tiempo de la pena decretada; y la pérdida de la patria potestad.

En el último párrafo se incluyeron entre los supuestos para autorizar la persecución oficiosa del ilícito, cuando la víctima fuera menor de dieciséis años de edad⁸⁷⁶ o mayor de sesenta y cinco.

El precepto quedó redactado como sigue:

Al que por omisiones graves o haciendo uso intencional de la fuerza física o moral, cause perjuicio o menoscabo a la integridad física, psíquica o ambas, de su cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado o de las personas con quienes mantenga relaciones familiares de hecho, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión.

Además se podrá imponer alternativa o simultáneamente la prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, la restricción de la comunicación o acercamiento será por el tiempo de la pena impuesta, privación de derechos sucesorios respecto de su víctima, pérdida de la patria potestad y en su caso, tratamiento psicológico especializado.

Se considera de interés público la asistencia médica y psicológica de la víctima, para lo cual el Estado prestará la asistencia a través de las dependencias oficiales, pudiendo realizar convenios con instituciones privadas o con organismos no gubernamentales.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, mayor de sesenta y cinco años de edad o incapaz, caso en el que se perseguirá de oficio.

⁸⁷⁶ Antes se aludía a “menor”, con lo que se entendía, en congruencia con la ley civil, quien no hubiera alcanzado la mayoría de edad, es decir, que no hubiera cumplido los 18 años. Con la reforma, se crea un periodo en el que la víctima, menor de edad pero mayor de 16 años, ya debe conducirse como adulto en el ámbito penal y presentar por sí, la denuncia correspondiente; lo que resultaría baladí si no tuviera consecuencias procesales y sustantivas: conforme al artículo 270 del ordenamiento procesal podría ser protestado para conducirse con verdad, de manera que en términos del código penal, podía ser sujeto de responsabilidad en caso de falso testimonio (artículo 195) o imputaciones falsas (artículo 194).

4.1.2.2.3. Reforma del 2012.

Ahora bien, el 1 de febrero de 2012 se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán el decreto legislativo por el cual se modificó, entre otros, el artículo 224 *bis* del código penal.

En la minuta de decreto número 368 aprobada por el Pleno del Congreso michoacano se contemplaba derogar el tipo penal de violencia familiar, sustituyéndolo con una agravante⁸⁷⁷ aplicable cuando entre agresor y víctima existiera un vínculo familiar o una relación familiar de hecho y el delito cometido fuera alguno de los señalados⁸⁷⁸; mientras la atenuante contenida en el artículo 280 en caso de conyugicidio sería derogada⁸⁷⁹ para incorporar la agravante en caso de delitos de lesiones u homicidio, bajo los mismos términos: incremento de hasta un tercio del máximo de la sanción si entre autor y víctima existe vínculo familiar o relación familiar de hecho⁸⁸⁰.

La minuta aprobada se envió al titular del Poder Ejecutivo local para su publicación, sin embargo, este último, en ejercicio de la facultad constitucional para formular observaciones⁸⁸¹, devolvió el proyecto sugiriendo, en relación a la violencia familiar⁸⁸²:

- El tipo de violencia familiar debe considerarse de conformidad con los tratados internacionales celebrados por el Estado

⁸⁷⁷ Consistente en incrementar hasta un tercio del máximo de la sanción correspondiente, según el tipo penal de que se tratara, así como imponer alternativa o simultáneamente la prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él; la restricción de la comunicación o acercamiento con la víctima por el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta; privación de derechos sucesorios respecto de la víctima; pérdida de la patria potestad; y en su caso, tratamiento psicológico especializado.

⁸⁷⁸ El catálogo se integraba por los tipos de: corrupción de menores o personas sin capacidad para comprender el significado del hecho; pornografía y turismo sexual de menores o personas sin capacidad para comprender el significado del hecho; lenocinio; trata de personas; omisión de impedir un delito contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la integridad física o moral; amenazas; abuso sexual; y acoso sexual. *Vid. Gaceta Parlamentaria*, Segunda Época, volumen XI, número 266 D, 7 de septiembre de 2011, p. 7.

⁸⁷⁹ Para justificar la propuesta se adujo: “(...) no legitimar la privación de la vida de las mujeres ya que contraviene el derecho a la vida consagrado en diversos instrumentos jurídicos internacionales que son ley en nuestro país (...)”, pues “(...) resulta aberrante considerar elementos que justifiquen la conducta violenta y feminicida de los hombres contra las mujeres en virtud de que era utilizado como medio de defensa de los agresores, por lo que el delito quedaba impune (...)”; *Ibidem*, p. 8.

⁸⁸⁰ *Idem*.

⁸⁸¹ Implícitamente contenida en las fracciones IV y V del artículo 37 de la ley fundamental estatal, donde se establece: “Aprobado un proyecto, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente” y “Se considerará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones dentro de los siguientes diez días hábiles”, respectivamente.

⁸⁸² *Vid.* Dictamen 292, del 19 de diciembre de 2011, séptima observación.

mexicano, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer;

- Si no se tipifica el delito de violencia familiar en el ordenamiento penal, se violan disposiciones constitucionales relativas al goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la ley fundamental y en tratados internacionales; y,
- Contemplar en el tipo el uso de la violencia física o moral reiteradamente, en contra de otro integrante del núcleo familiar que afecte o ponga en peligro su integridad física, psíquica, o ambas.

Las observaciones presentadas por el titular del Ejecutivo local, se discutieron en el Congreso de Michoacán, precisándose⁸⁸³ que se buscaba modificar el código penal estatal, en materia de igualdad de género y violencia familiar, como parte de un proceso de armonización con la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia⁸⁸⁴, donde (afirma el legislador) se reconoce la vida de las mujeres como el bien jurídico a tutelar⁸⁸⁵.

Resultado de ello, fue la sustitución del contenido del artículo 224 *bis* con el texto ahora vigente, de manera que aparentemente se introdujo el cambio para abarcar la violencia de género pero únicamente en el ámbito doméstico, conservando el precepto en el capítulo correspondiente a la violencia familiar y sin precisar que la víctima ha de ser de sexo femenino.

Se alude a “conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente, a alguna persona” con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, concubinato, relación de pareja o familiar de hecho, así como cuando exista parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; en tanto se precisó, innecesariamente, la circunstancia de ejecución “dentro o fuera del domicilio conyugal”, ya que la redacción sustituida no contenía limitación alguna en términos del lugar donde la conducta se ejecutara.

Igualmente, se insertó un segundo párrafo del que se infiere, pues la sintaxis es deficiente, que se amplía el grupo potencial de víctimas a quienes se

⁸⁸³ *Vid.* Dictamen 292, del 19 de diciembre de 2011.

⁸⁸⁴ Basta la lectura de su artículo 5, fracción IV (como si no fuera suficiente su extenso nombre), para advertir que la violencia que se pretende evitar es únicamente aquella que tiene como víctima a la mujer, pero que se presenta en el ámbito privado (incluido el doméstico), comunitario o institucional. Por su parte, la violencia familiar tiene como sujeto pasivo a un integrante del grupo vinculado por parentesco, pero que no necesariamente sería una mujer; además, no se limita a relaciones verticales (entre ascendientes y descendientes), sino que incluye las horizontales (entre hermanos o primos).

⁸⁸⁵ Nada semejante se contiene en el texto de esa ley.

encuentren sujetas a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de alguna persona.

4.1.2.2.4. El Nuevo Código Penal Michoacano de 2014: Parteaguas entre el Sistema de Justicia Penal Tradicional y el Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral.

En el Estado de Michoacán opera una doble regulación sustantiva penal en la actualidad; circunstancia que incide directamente en el ámbito de validez tanto espacial como temporal de norma punitiva.

Ello obedece al proceso de implementación del modelo acusatorio y oral que, como es sabido, es resultado de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008.

Al respecto, es conveniente señalar que el sistema procesal penal puede ser definido como el conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los actores, al objeto u objetos de debate en sede de justicia penal, así como, al esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía⁸⁸⁶.

El modelo sujeto a implementación ha sido introducido en el sistema jurídico con el objetivo de garantizar procesos justos y equitativos que cumplan con los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho y con las obligaciones asumidas por nuestro país con la firma de diversos Tratados Internacionales.

Así, puede sostenerse que el sistema procesal penal o sistema de justicia penal, constituye una de las ramas más sensibles del derecho –sin menoscabo de la importancia que corresponde a las restantes–, ya que incide en distintos ámbitos: los derechos de las personas imputadas y de las víctimas; la prevención y persecución de los delitos; la seguridad pública; la procuración y la impartición de la justicia, entre otros.

Por tratarse de un proceso de reforma integral respecto de la manera en que se imparte justicia en el ámbito punitivo, su implementación no se ha limitado

⁸⁸⁶ Teóricas o pragmáticas.

a la modificación de las reglas de tramitación de los procesos penales, sino que ha sido necesario modificar la organización y funcionamiento de la judicatura y adaptar las normas sustantivas al objeto y principios del modelo antes referido.

En este tenor, para el Estado de Michoacán, el proceso de implementación del modelo acusatorio y oral se encuentra establecido en la declaratoria que se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán el 26 de diciembre de esa anualidad.

Conforme a ella, el Sistema Procesal Penal Acusatorio –derivado de las reformas y adiciones a la Reforma Constitucional en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, del 18 de junio de 2008– quedó incorporado en la Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo y en la legislación secundaria aplicable en la materia.

En la citada declaratoria, se determinó también que el citado modelo se implementaría en forma gradual y regional⁸⁸⁷.

Como se ha referido, por ese motivo se llevó a cabo la revisión de la legislación sustantiva aplicable a los procesos penales que habrían de tramitarse conforme al nuevo modelo.

Ello dio lugar a la emisión de un nuevo Código Penal⁸⁸⁸, cuyo artículo primero transitorio definió que dicho ordenamiento cobraría vigencia en la forma en que fuese implementándose el nuevo sistema de justicia penal; es decir, en forma gradual y regional.

Resulta relevante, por otro lado, que en los artículos segundo y tercero transitorios se emitiera, por una parte, la declaración abrogatoria del Código Penal del Estado de Michoacán⁸⁸⁹; y la condición de que dicha legislación tiene la calidad de vigente para los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del modelo de justicia penal acusatorio y oral.

Ello ha dado lugar al fenómeno de la coexistencia de dos legislaciones sustantivas penales en Michoacán, a saber:

- El Código Penal de 1980, aplicable en los siguientes supuestos:

⁸⁸⁷ El 7 de marzo de 2015, en las regiones Morelia y Zitácuaro; el 3 de agosto de 2015, en las regiones Zamora y Uruapan; y, el 9 de mayo de 2016 en las regiones Lázaro Cárdenas y Apatzingán.

⁸⁸⁸ Contenido en el decreto 355 que se publicó en *el Periódico Oficial del Estado*, número 100, tomo CLX, Octava Sección, del 17 de diciembre de 2014.

⁸⁸⁹ Publicado mediante Decreto número 186 en el suplemento del *Periódico Oficial del Estado* de 7 de julio de 1980.

- En aquellos procesos penales iniciados con anterioridad a la implementación del sistema acusatorio y oral, con independencia de la región de que se trate;
 - Los hechos acontecidos antes de la implementación del mencionado sistema, en las regiones en que ello vaya ocurriendo; y;
 - En las regiones en las que el sistema acusatorio y oral aún no se haya implementado.
- El Código Penal de 2015, que resulta aplicable a los hechos acontecidos a partir de la implementación del sistema acusatorio, en las regiones en que ello vaya ocurriendo; y, en consecuencia, a los procesos que se inicien con motivo de aquellos.

En esa virtud, el Código Penal de 2015 actualmente se encuentra vigente en las regiones Morelia y Zitácuaro –para hechos que hubiesen ocurrido a partir del 7 de marzo de 2015 en las circunscripciones territoriales que comprenden las mismas–; y, el Código Penal de 1980, aplicable en el resto de las regiones y, además, para eventos acontecidos en las denominadas Morelia y Zitácuaro con antelación al momento en que el sistema acusatorio y oral quedó materialmente implementado.

4.2. La Regulación de la Violencia en el Ámbito Familiar en el Código Penal de Michoacán y en el Código Penal Español. Consideraciones Preliminares.

Como ya se apuntó, la introducción al ámbito penal mexicano de la violencia doméstica inició con el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

La decisión se replicó en los ordenamientos estatales y la legislación penal michoacana no fue la excepción.

En este apartado se analizará el tipo de violencia familiar vigente en el Estado de Michoacán, siguiendo la misma metodología y los mismos criterios anteriormente utilizados.

Simultáneamente, estudiaremos la regulación de la violencia doméstica en el ordenamiento penal español, comparando las disposiciones en dicha experiencia jurídica para, de esa manera, alcanzar algunas conclusiones.

El tipo de violencia familiar se ubica en el Capítulo VI denominado “De la Violencia Familiar”, Título Undécimo⁸⁹⁰, relativo a los “Delitos contra el Orden Familiar” del Código Penal de Michoacán.

A diferencia de lo ocurrido con el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en el Código Penal michoacano se aprovechó el título destinado a los delitos contra el orden familiar para introducir, en capítulo creado *ex professo* con ese nombre, el tipo de violencia familiar.

En el ordenamiento penal español se optó por regular, en diversos preceptos, la violencia doméstica y la de género, por lo que su precisión conceptual es necesaria con el fin de no confundirlas en el análisis que aquí se realizará.

Así, puede afirmarse que las hipótesis de violencia doméstica se encuentran previstas en los artículos 153.2⁸⁹¹, 171.5⁸⁹² y 173.2⁸⁹³ del Código

⁸⁹⁰ El legislador se refiere a él como “Décimo Primero”.

⁸⁹¹ Por el que se decreta que si la víctima del delito de lesiones leves previsto en el apartado 1 es alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las señaladas en ese apartado, el autor será castigado con prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad por 31 a 80 días y, en todo caso, privación por 1 año y 1 día a 3 años del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación por 6 meses a 3 años para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

⁸⁹² Que prescribe para quien de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado 4 del propio artículo, prisión de 3 meses a 1 año o trabajos por 31 a 80 días en beneficio de la comunidad y, en todo caso, privación por 1 a 3 años del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial por 6 meses a 3 años para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

⁸⁹³ Al ordenar que quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por 1 a 5 años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

penal español⁸⁹⁴; mientras que en los artículos 148.4º sobre lesiones⁸⁹⁵, 153.1 relativo a malos tratos⁸⁹⁶, 171.4 concerniente a amenazas⁸⁹⁷ y 172.2 acerca de coacciones⁸⁹⁸, se contemplan supuestos subsumibles en el concepto violencia de género.

4.2.1. Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán.

Los tipos penales a estudio del Código Penal español son los siguientes. En primer término, el artículo 153.2., cuya redacción es la que se transcribe enseguida:

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión

⁸⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Delitos contra las Personas. Violencia Doméstica y de Género”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *et al.* (dirs.), *Nuevas Tendencias en Política Criminal: Una Auditoría al Código Penal Español de 1995*, Reus/B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2006, p. 147, precisa cuatro situaciones que suceden en el ámbito de los malos tratos familiares: agresiones físicas graves que constituyen lesiones o tentativa de homicidio; agresiones psíquicas que constituyen lesiones; atentados contra la libertad o la intimidad consistentes en amenazas, detenciones ilegales, allanamiento de morada y demás; y tratos vejatorios físicos o psíquicos con cierta continuidad que constituyen una lesión grave a la dignidad de la persona.

⁸⁹⁵ Donde se prevé que las lesiones expresadas en el apartado 1 del artículo 147 puedan ser castigadas con prisión de 2 a 5 años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, si la víctima es o hubiera sido esposa, mujer actual o alguna vez ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

⁸⁹⁶ Según el cual quien por cualquier medio o procedimiento cause a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos en el código como delito, o lo golpear o maltratar de obra sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer actual o en algún momento ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; será castigado con prisión de 6 meses a 1 año o con trabajos en beneficio de la comunidad por 31 a 80 días y, en todo caso, privación por 1 año y 1 día a 3 años del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta por 5 años.

⁸⁹⁷ Con el que se precisa que quien de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer actual o alguna vez ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con prisión

de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad por 31 a 80 días y, en todo caso, privación por 1 año y 1 día a 3 años del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial hasta por 5 años para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con él.

⁸⁹⁸ En cuyo párrafo primero se dispone castigar al que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, mujer actual o en algún momento ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, con prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta por 5 años. Mientras en el segundo se decide igual pena al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con él.

de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Por lo que respecta al artículo 173.2, el texto del mismo es el que a continuación se expone:

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Finalmente, el artículo 224 bis del Código Penal de Michoacán, es el siguiente:

“Artículo 224 bis. Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente, a alguna persona con la que se

encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco, por consanguinidad, afinidad, civil, concubinato, relación de pareja o familiar de hecho, dentro o fuera del domicilio familiar.

Se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión, también (a) quien realice cualquiera de los actos señalados en contra de la persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona⁸⁹⁹.

Además, en protección de la víctima se podrá imponer alternativa o simultáneamente la prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, la restricción de la comunicación o acercamiento por el tiempo de la pena impuesta, privación de derechos sucesorios respecto de su víctima, pérdida de la patria potestad y en su caso, tratamiento psicológico especializado.

Se considera de interés público la asistencia médica y psicológica de la víctima o víctimas, para lo cual el Estado prestará la asistencia a través de las dependencias oficiales, pudiendo realizar convenios con instituciones privadas o con organismos no gubernamentales.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, mayor de sesenta y cinco años de edad o incapaz, caso en que se perseguirá de oficio.”

4.2.1.1. Consideraciones Generales de la Estructura Externa de los Tipos Penales de España y del Estado de Michoacán.

El tipo de malos tratos en el ámbito doméstico previsto en el segundo apartado del artículo 153 del código penal español, es de resultado material toda vez que se integra por lesiones leves, mismas que suponen afectación a la salud de la víctima⁹⁰⁰.

En sentido opuesto, la violencia habitual contemplada en el artículo 173.2 caracteriza un tipo de mera actividad.

Por su parte, el tipo de violencia familiar contenido en el artículo 224 bis del Código Penal michoacano es, atendiendo a la acción, de mera actividad,

⁸⁹⁹ De lo que se infiere, se pretende equiparar el supuesto al descrito en el primer párrafo, según se verá *infra*.

⁹⁰⁰ Se remite a la conducta descrita en el primer apartado, donde se exige menoscabo psíquico o lesiones distintos a los considerados como delito en el código penal; en otras palabras, por oposición a las descritas en el primer apartado del artículo 147, son aquellas que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, bastando la primera asistencia facultativa para su sanidad.

habida cuenta que se refiere a realizar conductas que agredan a otra persona, sin exigir un resultado material separado temporalmente de ellas.

El legislador michoacano abandonó el uso de expresiones como “fuerza” –física o moral– y “omisión”, utilizando en su lugar el término “conductas”; sin embargo, esto introdujo ambigüedad semántica⁹⁰¹ al precepto, ya que es posible interpretarla en al menos dos sentidos distintos: comprensiva de acciones y omisiones, pero también limitada a las primeras, de manera que según se defienda una u otra, el tipo puede considerarse mixto o sólo de acción. Con redacción más clara, las lesiones leves, amenazas y violencia habitual del Código Penal español son tipos penales de acción.

En la formulación normativa de Michoacán no se precisa un modo específico de ejecutar la conducta típica, tampoco se contemplan actos concretos integradores de la conducta prohibida, de manera que la vaguedad⁹⁰² es total, así que el tipo es indeterminado.

De igual forma sucede en el ordenamiento español en las lesiones leves, habida cuenta que se alude a “cualquier medio o procedimiento” empleado por el autor.

Por el contrario, la violencia habitual, cuya descripción sí precisa a la conducta adoptar la forma de violencia física o psíquica, resulta un tipo de medios determinados y además, alternativo.

La exigencia de cualidades específicas del sujeto activo en relación a la víctima, convierte a los tipos de violencia familiar, lesiones leves, amenazas leves y violencia habitual en especiales⁹⁰³.

En los tipos de lesiones y amenazas leves, el legislador español se vale de cláusulas de remisión tomando en consideración que la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el de violencia habitual pero no esposa o mujer actual o alguna vez vinculada al autor por una relación afectiva, incluso sin convivencia con él⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ MENDONCA, Daniel, *op. cit.*, pp. 158-159.

⁹⁰² *Ibidem*, pp. 159-160.

⁹⁰³ Estima al tipo de lesiones leves como especial impropio, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 140.

⁹⁰⁴ Resulta entonces contradictorio presentar al tipo de violencia habitual como uno cuyos sujetos activo y pasivo puede ser cualquiera, aunque unidos por alguna de las relaciones familiares típicas, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de Derecho Penal*, T. II., Thomson/Civitas, 5ª ed., Pamplona, 2008, p. 151.

A su vez, la violencia familiar, partiendo de atribuir a la expresión “conductas que agredan” el significado “actos de acometimiento”, contaría con figuras paralelas de delito común, como lesiones, amenazas o acoso sexual, tornándolo en tipo especial impropio⁹⁰⁵. Lo anterior no acontece con los tipos de lesiones y amenazas leves, así como violencia habitual, correspondiendo por ello a la clase de tipos especiales propios.

Los tipos de violencia familiar, amenazas leves y violencia habitual, por la forma en que se construye el supuesto fáctico, exigen al sujeto realizar en forma personal y directa la conducta ilícita, de lo que resulta la imposibilidad de llevarlos a cabo a través de la autoría mediata o de la indirecta; son de los conocidos como *delitos de propia mano*⁹⁰⁶. Más discutible es el tipo de lesiones leves, ya que el primero de los supuestos enunciados –por cualquier medio o procedimiento causar menoscabo psíquico o lesión a otro– admitiría la utilización de una persona como instrumento por el *hombre de atrás* para realizar la conducta típica y de esa forma, cometer el ilícito⁹⁰⁷; en tanto que el segundo –golpear o maltratar de obra sin causar lesión– hace necesario que el sujeto lleve a cabo la conducta por sí mismo.

Respecto de los sujetos, los enunciados legales de violencia familiar, lesiones y amenazas leves, así como violencia habitual, son monosubjetivos.

Adicionalmente, se ha precisado que la conducta violenta puede ser ejecutada contra diferentes miembros del grupo familiar, lo que no obsta para estimar integrada la habitualidad exigida en el ilícito⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Cfr. el concepto de tipo especial impropio, en MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 232; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 276; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al., *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 638; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, T. II, Trotta, Valladolid, 1999, p. 41; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Parte General*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2009, p. 518.

⁹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 379; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, op. cit., p. 277; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...*, op. cit., p. 41; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho...*, op. cit., p. 519.

⁹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 232; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, op. cit., p. 452; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...*, op. cit., p. 290; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al., *Derecho...*, op. cit., p. 621.

⁹⁰⁸ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2004, p. 1195.

Tomando como base lo anterior, los tipos de violencia familiar, las lesiones y amenazas leves, así como la violencia habitual resultan de esta forma tipos uniofensivos.

4.2.2. Elementos Constitutivos de los Tipos Penales 153.2 y 173.2 del Código Penal Español y del 224 *Bís* del Código Penal del Estado de Michoacán.

En este apartado se examinarán los diferentes elementos del injusto de cada uno de los tipos penales a estudio, iniciando por la normativa punitiva española para continuar con la michoacana.

4.2.2.1. Artículo 153 del Código Penal Español.

El artículo 153 del código penal Español, establece el tipo penal de la descripción típica básica de lesiones y malos tratos en el punto número 1, cuyos elementos se retoman en el diverso tipo penal contenido en el punto número 2, solo que, en este último constituye un subtipo cualificado en razón de la exigencia de ciertas calidades que debe tener el activo del delito frente a las víctimas haciendo una remisión al diverso artículo 173.2 del mismo código, que por su parte prevé el diverso delito de coacciones; para los fines del tema abordado en este trabajo de tesis, centraremos el estudio en el supuesto del numeral 153.2.

Para establecer los elementos que integran el tipo penal de lesiones y malos tratos, contenido en el numeral 153.2 del texto legal referido, se requiere retomar el contenido del punto 1 de ese precepto y del punto 2 del 173, a efecto de verificar su vinculación sistemática; pudiendo deducirse de ello que tales elementos son los siguientes:

- a) Causar un menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito, por cualquier medio o procedimiento; o, golpear o ejercer maltrato de obra, sin causar lesión.
- b) Que, en ambos casos, la víctima tenga respecto del activo una de las calidades siguientes: esposa, mujer o que esté o haya estado ligada al mismo por relación análoga; o ser descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios

o del cónyuge o conviviente, menor o incapaz que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

- c) Que, además de las calidades indicadas, se justifique la existencia de convivencia entre víctima e infractor.

Desarrollemos ahora el contenido de cada uno de ellos:

a) Causar un menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito, por cualquier medio o procedimiento; o golpear o ejercer maltrato de obra, sin causar lesión.

En torno a este elemento debe decirse que la conducta típica requiere de una acción y permite como medio comisivo cualquier medio o procedimiento que el agente activo utilice para la realización del resultado.

El concepto de menoscabo psíquico debe ser entendido como un deterioro de la psique que ocasiona actos de escasa gravedad y que no son, por si solos, constitutivos de delito⁹⁰⁹,

Ese concepto admite múltiples modalidades que van desde la violencia o agresión intelectual hasta la moral en la cual quedan inmersas las amenazas, la intimidación, los insultos, el desprecio, etcétera; esto es, en general puede definirse como todas las acciones que tengan por objeto afectar el equilibrio mental y emocional del sujeto pasivo, con el fin de someterlo.

Sobre el tema el Tribunal Supremo español en la sentencia del 21 de diciembre de 2001, estableció que por violencia psíquica cabe entender la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil.

⁹⁰⁹ SERRANO TORRAGA, Ma. Dolores, “Malos Tratos sobre Menores”, en CUERDA RIEZU, Antonio (dir.), *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos. IX Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, Universidad Rey Juan Carlos, 8-10 de marzo de 2005, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 519 y 520.

Tal criterio permite inferir que la violencia requerida por el tipo se refiere al sometimiento de la víctima a un estado de agresión permanente le implica vivir bajo dominio, con temor y miedo.

Dicho órgano jurisdiccional además en su sentencia del 23 de mayo de 2006, dictada en el cuaderno 580/2006, literalmente en el fundamento séptimo expuso:

“...Lo relevante será constatar si en el factum se describe una conducta atribuida al [acusado] que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas, y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal...”.

Por otra parte, lesión es un daño físico en su concepción amplia; en forma más concreta puede definirse como toda lesión física de cualquier tipo infringida por una persona a otra, ya sea mediante golpes, mordeduras, quemaduras o cualquier otro medio que sea susceptible de causar lesiones.

La medida forense define lesión como un daño o alteración morbosa orgánica o funcional de los tejidos⁹¹⁰.

Otro concepto refiere que se trata de un detrimento corporal, alteración morbosa o desequilibrio en la integridad, funcionamiento, estructura y vitalidad de los tejidos, causado por cualquier hecho o proceso violento⁹¹¹.

Asimismo, se le define como todo daño causado en la integridad corporal o en la salud orgánica o psíquica de una persona⁹¹².

Y una alteración de la integridad física o perturbación funcional.

Entonces, lesión desde el punto de vista legal lleva implícito el elemento daño ocasionado tanto en el cuerpo como en la salud física o mental de una persona⁹¹³.

⁹¹⁰ AA.VV., *Diccionario Salvat Enciclopédico Popular Ilustrado*, Salvat, Barcelona, 1973, p. 635.

⁹¹¹ GOLDSTEIN citado por SILVA SILVA, Hernán, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Ed. Jurídica Chile, Tomo I, Santiago de Chile, 1991, pág 212.

⁹¹² LABATUT citado en *ibidem*, pág 275.

⁹¹³ ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág 359.

Entonces, queda claro que el hipotético número 1 requiere de la existencia de una acción desdoblada por el sujeto activo y la causación de un resultado que puede constituir un daño psíquico o una lesión física, con la condición estipulada que ese menoscabo –psíquico o físico- no debe constituir un delito acorde al código penal Español.

El tipo que se analiza admite una segunda hipótesis, ya que puede materializarse, también, cuando se golpee o ejerza maltrato de obra, sin causar lesión.

En ambas hipótesis se describen las conductas que debe realizar el sujeto activo, la primera exige un resultado material pues se requiere de causar a la víctima un menoscabo psíquico o una lesión, y en el segundo supuesto deben sobrevenir golpes o maltratos de obra, pero sin generar un resultado tangible, en ambos casos subsiste la condición de que las conductas no deben constituir un delito sino una falta.

En lo que respecta a la hipótesis normativa referida en el número 2 debe señalarse que también se exige que el sujeto activo realice una conducta de acción a través de la cual propine a su víctima o víctimas *golpes o maltratos* sólo que, este supuesto no requiere de un resultado material puesto que el tipo no exige que se cause afectación corporal o psíquica, y en ambos casos se establece como modos de comisión cualquier medio o procedimiento que el agente activo utilice.

Es decir, que el delito de malos tratos previsto por el artículo 153.2 del código penal, se sitúa dentro del capítulo relativo a las lesiones, rector del bien jurídico que protege la salud, desde su conceptualización más general ya que abarca tanto la física como la psíquica.

Para entender la diferencia entre una lesión que produce un resultado en la salud de una persona, y un maltrato, que requiere de la existencia de golpes o maltratos, sin afectar la salud, se estima necesario establecer su concepto.

La Real Academia la Lengua Española, define en lo que importa el concepto de salud con un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, o bien como las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.

En forma más específica sobre ese tema la Organización Mundial de la Salud, estableció en la Carta Constitucional, firmada por 61 Estados, en la

ciudad de Nueva York, el día 22 de julio de 1946, definió en su preámbulo salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia, al que tiene derecho toda persona sin distinción de raza, credo...*"⁹¹⁴.

Marta Talavera⁹¹⁵, por su parte afirma que el concepto de salud es un término vivo, dinámico y por tanto complejo de definir más porque su connotación varía según el contexto en que se utilice médico, cultural, social, normativo, etcétera, aunque hay cierta armonía en que la conceptualización más tradicional es aquella en que se refiere que la salud es la ausencia de enfermedad.

Es acertada esa visión puesto que la misma Organización Mundial de la Salud, ha venido incorporando más elementos a su concepto –creado en 1946– por ejemplo la oficina regional Europea en 1984, preciso que la salud también era la capacidad de realizar el propio potencial personal y responder de forma positiva a los retos del ambiente.

En 1997 dicha organización en complemento de esa serie de ideas plasmó que la salud debía ser entendida como lo que tiende a conseguir para todos los habitantes espacios para que puedan trabajar productivamente y participar activamente en la vida social de la comunidad donde viven; siendo esa nueva definición reiterada en el año 2000.

Bajo esa visión, la salud no es vista como un mero estado físico del ser humano, sino que incluye de manera integral todo su entorno, en el cual deben tenerse en cuenta al menos tres aspectos, uno objetivo relativo a la capacidad de realizar una función, otro subjetivo en términos de bienestar y otro ecológico comprendido como adaptación biológica, mental y social del propio individuo al medio que lo rodea.

Feito expone que sobre la salud es entonces un concepto múltiple porque permite distintas visiones del mismo, ya sean grupales o individuales, es relativo

⁹¹⁴ Cfr. World Health Organization, *Constitution Statement*, WHO/OMS, Ginebra, 1946. Asimismo, véase el art. 25 de la Constitución de la OMS del día 7 de abril de 1948 y la definición recogida en la Declaración de Alma-Ata de 1978, donde se ratifica dicha concepción de la salud, en OMS, "Declaración de Alma-Ata", en línea, disponible en la página web http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=19004&Itemid=2518 [accesada el 20 de enero de 2015].

⁹¹⁵ Vid. "El Concepto de Salud, Definición y Evolución", en línea, disponible en la página web elartedepreguntar.files.wordpress.com [accesada el 23 de agosto de 2012].

porque dependerá de la situación, tiempo y circunstancias de quien lo defina y para quien lo aplique, complejo porque implica multitud de factores, algunos de los cuales serán esenciales o no dependiendo del punto de vista que se adopte, dinámico porque es cambiante y admite grados y abierto porque debe ser modificable para acoger los cambios que la sociedad imponga a su concepción⁹¹⁶.

Entonces puede concluirse que la salud es el grado en que una persona es capaz de realizar sus aspiraciones y de satisfacer sus necesidades, así como adaptarse adecuadamente al ambiente, por lo tanto, debe considerarse como un recurso más de la vida cotidiana y no como un objetivo de la vida; la salud no debe ser entendida como un concepto negativo (ausencia de enfermedad) por el contrario es positivo ya que engloba tanto recursos personales y sociales como capacidades físicas⁹¹⁷.

Aclarado lo anterior, entonces la diferenciación entre una lesión y un maltrato, sería precisamente que la primera genera una alteración en la salud de la persona ya sea física o psíquica.

Desde el punto de vista contenido en el código penal Español, los malos tratos pueden constituir un delito, aún sin causar un resultado de daño, ya que así lo prevé el artículo 153 en sus puntos 1 y 2, y esa punición se justifica en relación a la calidad de la víctima y el victimario, pues solo será delito en ese supuesto si subsiste una relación de las definidas en dicho precepto.

El maltrato equivale a golpes o vejaciones ocasionales con o sin lesión que se pueden producir en el transcurso o acaloramiento de una fuerte disputa, que acaba en una pelea física o forcejeo entre la pareja⁹¹⁸, y aunque pareciera que definirlo no representa mayor problema, no lo es, pues a la par y surge inevitablemente el debate de su aplicación diferenciada de las personas en común con relación de aquellos sujetos previstos en el artículo 153 puntos 1 y 2 del código penal y de aquellos del numeral 173.2, al que hace remisión expresa.

⁹¹⁶ FEITO GRANDE, Lydia, “La Definición de la Salud”, en *Diálogo Filosófico*, Núm. 34, 1996, p. 64.

⁹¹⁷ ESTEBAN ACEVEDO, Gabriel *et al.*, *Manual de Salud Pública de Investigación y Formación en Salud Ambiental*, CISA/Escuela de Salud Pública/Facultad de Ciencias Médicas/Universidad Nacional de Córdoba/Brujas, Córdoba, 2007, p. 17.

⁹¹⁸ Domínguez Naranjo, Carmen, “El Bien Jurídico Protegido del Art. 153 del Código Penal”, en línea, disponible en página web http://www.ultimainstancia.cat/docs/num_121/06cdn.pdf [accesada el 17 de enero de 2015].

Es así pues, en dichos hipotéticos cuando existe alguna de las relaciones definidas en los tipos e trata de un delito incluso cualificado –153.2–, mientras que, respecto de personas que no mantengan una de esas relaciones será solamente una falta, y ello encuentra su justificante en el hecho de que, el legislador Español determino sancionar en forma severa todo tipo de violencia que el hombre ejerza sobre la mujer, por el hecho mismo de su género.

Se trata pues de un delito de peligro abstracto para la salud e integridad física y psíquica, con gran posibilidad de realización del resultado lesivo dada la necesidad de reiteración en los actos de violencia⁹¹⁹, en sí, la conducta típica consiste en ejercer cualquier tipo de violencia física o psíquica sobre algún miembro del círculo de personas mencionadas, pero en razón de una situación de predominio de uno sobre el otro u otros.

Como una de las características esenciales de los maltratos físicos se tiene el uso de la violencia repetitiva y cuya finalidad es causar dolor; la violencia generalmente se produce como consecuencia de una conducta negativa, real o imaginaria, que ha cometido el sujeto pasivo y que tiene como finalidad la modificación de la misma.

En tanto que, maltrato psíquico se caracteriza por provocar un malestar emocional, dentro del cual se distinguen dos modalidades. En primer lugar, la *activa* –aquella a través de la cual se humilla y degrada a la persona produciéndole sentimientos de desesperanza, de inseguridad o baja autoestima; se manifiesta principalmente de forma verbal a través de los insultos o vejaciones–.

En segundo lugar, la modalidad *pasiva* –que constituyen las actitudes que denotan desamor, indiferencia, desinterés, etcétera–.

Sin embargo, no debe bastar la sola justificación de una relación parental, de afinidad o de convivencia para que de suyo un maltrato sea considerado un delito, sino que habrá la situación, caso a caso, de ser ponderada y solo aplicar el numeral 153 puntos 1 y 2 del código penal, en aquellos casos donde subsista además de una de las referidas relaciones, un poder de dominio por parte del agente activo frente a la víctima, y consecuentemente, una sumisión de ésta

⁹¹⁹ CUADRADO RUIZ, Ma. de los Ángeles y REQUEJO, Carmen, “El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar: Artículo 153 del Código Penal”, en *La Ley*, 2000, (4), pp. 1560 y ss.

frente aquél, que desencadene en el acto de violencia que motiva el origen del mal trato.

Para justificar lo anterior será necesario siempre tener presente el bien jurídico que protege el artículo 153 del código penal, así como los principios que inspiraron su creación que se extraen de la ley orgánica 1/2004, inherentes a que se pretende prevenir y erradicar la violencia de género ejercida por el hombre contra la mujer, o bien, de quien teniendo una de las relaciones de parentesco natural o por afinidad, o de convivencia sea dominante frente a la persona o personas con quien tiene la misma.

Sobre el tema, el Tribunal Supremo, se pronunció en su sentencia 927/2000, de 24 de junio, al estipular:

“se justifica por tanto la exasperación del castigo en atención al bien jurídico protegido que es la preservación del ámbito familiar, sancionándose así aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”.

Otro aspecto a considerar es que los malos tratos, desde el punto de vista indicado, no serían aplicables como delito, cuando se trata de disputas entre parejas o integrantes de una núcleo familiar, en las que activamente intervienen dos sujetos, sin que ninguno de ellos tenga un predominio sobre el otro, virtud de que, habría necesariamente que recordar que el artículo 1.1 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala que su objeto es actuar contra la violencia que se presenta como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

Ejemplo de ese criterio se obtiene de la sentencia de 25 de enero de 2008, resuelta por el Alto Tribunal, donde sostuvo:

“El TS en su resolución de 25/01/08, atiende a la casuística, y en coherencia con la teleología de la Ley,

estudia con detenimiento las circunstancias concretas del episodio violento que se produjo entre la pareja, para concluir que en aquella ocasión, sí concurría en la conducta de aquel acusado el machismo, menosprecio y ánimo de dominio proscrito por nuestro legislador, lo que viene a significar que no estimó la impugnación por los argumentos concretos de recurso, estrictamente rigoristas, como apuntaba entonces el Ministerio Fiscal –y pretende ahora-, tampoco aplicando sin más el literal del precepto 153 CP, es decir por “la mera relación existente entre sujeto activo y pasivo”, sino que el alto tribunal analizó de manera prolija y exhaustiva el supuesto de hecho concreto, alejándose de los automatismos tanto en uno como en otro sentido...”.

b) Que, en ambos casos, la víctima tenga respecto del activo una de las calidades que señala el propio precepto.

Las conductas descritas en el primero de los elementos deben recaer necesariamente sobre personas que mantengan o hayan mantenido ciertas relaciones parentales o asimiladas que determina en forma expresa el propio artículo en análisis y aquellas descritas en el artículo 173.2 del Código Penal español, al cual se hace remisión.

Ya se precisó con antelación que sobre ese tópico subsisten dos supuestos, el primero desprende del punto 1 del artículo 153, que establece de manera clara y precisa que solo el hombre puede ser sujeto activo y solo la mujer puede ser quien tenga calidad de víctima al estipular “[...] El que *por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad* [...]”⁹²⁰.

Es decir, limita a los sujetos pasivos a quienes sean o hayan sido esposa o mujer y exige simultáneamente que el varón sea quien asuma el papel de infractor porque refiere que aquellas estuvieran ligadas a él; si bien, esa circunstancia ha sido motivo de múltiples críticas que básicamente se centran en la vulneración del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, al excluir al primero como potencial víctima del tipo penal contenido en el artículo 153 del

⁹²⁰ El énfasis es propio.

código represor y se le asume además como el único generador de actos violentos en el marco de las relaciones familiares, con lo que, podría estimarse su inconstitucionalidad al contravenir el artículo 14 de la carta magna de aquella nación⁹²¹.

La exposición de motivos de la ley integral 2004 (1/2004, Medidas de protección integral contra la violencia de género), señala que la violencia de género es “*una violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo*”. En cambio, la violencia doméstica tiene como sujetos de referencia tanto a la mujer como los demás miembros de la familia.

La violencia de género comprende un espectro más amplio, no se reduce al entorno doméstico sino que tiene como escenario genérico a la sociedad en su conjunto (cualquier tipo de maltrato contra la mujer en cualquier entorno). Mientras la violencia doméstica se percibe como un “delito invisible” porque ocurre en la privacidad del ámbito doméstico, los atentados de género –con su reconocimiento como tales por el derecho penal– dejan de ser “un delito invisible”.

Sin embargo, en la práctica, la aplicación de la ley integral 1/2004, ha suscitado polémicas y dado pie a cuestiones de inconstitucionalidad, pues en su afán de proteger a grado extremo a la mujer la ha hecho parecer como una persona incapaz de decidir por sí misma, de tal suerte que pasa “de estar sometida al maltrato a estarla al Estado”. Es decir, se le pretende proteger aun contra su voluntad.

Por otra parte, la citada ley integral no constituye una protección selectiva hacia la mujer, ya que ésta se amplió hacia “otras víctimas especialmente vulnerables” que convivieran con el autor; incluye a menores, incapacitados, ancianos. De esta manera termina siendo similar a la violencia doméstica.

Otra cuestión de inconstitucionalidad presentada por la judicatura ante el Tribunal Constitucional se fundamenta en que esa ley es discriminatoria para el varón, así que se pide sea eliminada la específica mención del sexo de los sujetos, a efecto de que no sean vulnerados principios como el de igualdad,

⁹²¹ El artículo 14 de la Constitución Española, establece: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

culpabilidad, responsabilidad por el hecho, presunción de inocencia. Y además, para no afectar la dignidad de la mujer.

Dada las dificultades que conlleva la implantación de una ideología de género circunscrita a las mujeres, y los costos excesivos tanto para ese modelo de protección jurídica (penal) como para las propias mujeres cuya posición pasiva y victimaria en lugar de reivindicarlas afecta su imagen social. Por ello, se propone implantar otras formas de resolución de conflictos, como recurrir a otras instancias no penales sino civiles, laborales o administrativas.

Para esto, se considera esencial depurar el concepto de “violencia de género”, ya que el mismo victimiza a la mujer.

Sobre ese tema el Tribunal Constitucional español ha sostenido en forma reiterada a través de diversas sentencias que dicho precepto legal no resulta inconstitucional porque el legislador estableció un trato diferenciado, pero lo hizo de manera objetiva, justificada y proporcional⁹²², en razón de lo siguiente. En primer término, tomó en consideración el contexto social español y los motivos que dieron origen a la Ley Orgánica 1/2004, y en base a ello determinó dos objetivos: a) brindar protección suficiente a la mujer en bienes básicos como la vida, la integridad física, la salud, la libertad y dignidad; y b) combatir las causas generadoras de la violencia que surge en un contexto de desigualdad, a través de diversas medidas y entre ellas las penales.

En segundo término, la diferenciación normativa es funcional y adecuada para lograr esos objetivos, puesto que es razonable entender que la agresión del varón a la mujer que es o fue su pareja constituye un daño a la libertad de ésta e intensifica su sometimiento a la voluntad del agresor, ponderando que particularmente resultada dañada su dignidad porque estructuralmente la mujer es vista como un ser inferior que el hombre, con menores capacidades, competencias y derechos.

Finalmente, en tercer lugar, las penas establecidas, al ser calificadas como mínimas, admitir atenuaciones e incluso alternativas en la misma ley no son desproporcionales frente al mal que se pretende erradicar.

De ello es ejemplo la sentencia 45/2010, de 28 de julio, donde el Tribunal Constitucional español resolvió:

⁹²² STC 45/2010, de 28 de julio, en la cual se aplica el test de la no discriminación que se invoca.

“[...] La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada [...] Ello exige verificar sucesivamente que las normas que incorporan la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan el control de proporcionalidad [...]”.

En el segundo supuesto, la calidad de las víctimas se define en aquellas relaciones contenidas en el artículo 173.2 del código penal, estableciendo un catálogo relativo a concretas relaciones parentales ya sea por naturaleza o por afinidad, y hace además mención de aquellas otras relaciones de afectividad análogas a ellas, las cuales consisten en:

- Cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad;
- Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente;
- Menores o incapaces que convivan con el infractor;
- Personas sujetas a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente;
- Personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; y,
- Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Entonces, el subtipo previsto en el artículo 153.2 del código penal, a diferencia del referido en el punto 1 no distingue entre las calidades que deben tener tanto la víctima como el victimario, por tanto, pueden ser en ambas tanto el hombre como la mujer.

c) *Que, además de las calidades indicadas, se justifique la existencia de convivencia entre víctima e infractor.*

En relación al elemento normativo de la *convivencia* debe señalarse que el tipo penal alude que ésta no será necesaria, empero, debe interpretarse que solo se refiere a aquellos casos en que la víctima tenga o haya tenido la calidad de esposa, mujer del activo o persona que estuviera ligada al mismo por una análoga relación, quedando excluido el otro subgrupo de potenciales víctimas que prevé relativo a los ascendientes, descendientes o hermanos, ya sea por naturaleza, afinidad o adopción, propios o del cónyuge o conviviente, menores, incapaces, sujetos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda, personas integradas al núcleo o familiar o en situación de vulnerabilidad ingresadas en centros públicos o privados, en que sí es exigible que se surta la convivencia como elemento rector del antijurídico en análisis.

La interpretación en comento parte de tomar en consideración la finalidad con la que fue creada dicha norma, según se desprende de la ley orgánica 1/2004, en la que se estipuló que era la prevención de la violencia doméstica, pero entendida desde una realidad social en la que, la mujer es sometida por el hombre, y por ello requiere especial protección legal, asimismo, el Estado busca reprimir y sancionar ese tipo de conductas en forma más severa atendiendo que la violencia contra la mujer, en su entorno de convivencia con el hombre, se suscita en el marco de una comunidad familiar y no únicamente en lazos de parentesco.

Sobre ese tópico se han unificado criterios, tal como lo muestra la consulta del Fiscal General del Estado 1/2008, del 28 de julio, donde se indica:

“[...] en el caso de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2 y 173.2 se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concorra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta [...]”.

De ahí que, cuando ese requisito de convivencia no se cumple, en víctimas diversas a la esposa, mujer o persona que mantenga relación análoga

con el activo, resulta inaplicable el artículo 153.2 del código penal español, y por ende, se está en presencia de una falta y no de un delito.

4.2.2.1.1. Elemento Subjetivo del Tipo.

El único elemento subjetivo que admite el tipo penal contenido en el artículo 153.2 del código penal español, es el dolo, dado que, abarca la realización de acciones de causar daño psíquico o físico, o bien golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

El dolo se compone por la voluntad *–querer tanto la acción u omisión y en su caso el resultado–* y el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación, en otras palabras es la conciencia y voluntad de un resultado típico buscado y pretendido.

El dolo se define en forma genérica como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos de un tipo penal⁹²³, pero acorde a la teoría finalista de la acción basta el conocimiento y la conciencia de su significación antijurídica, sin requerir el elemento volitivo que da lugar a excluir el dolo eventual.

Es decir, que al dolo se le concibe sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo; en esta postura sustenta que el elemento volitivo debe ceñirse simplemente a la aceptación, conformidad o resignación con la realización del tipo jurídicamente, los cuales en la vida practica pueden deducirse de la misma conducta del sujeto, cuando éste no haya desistido de su conducta pese a ser consciente del riesgo de realización típica que conllevaba⁹²⁴.

En esa misma línea se define al dolo como el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto; explicando que la doctrina tradicional entendía el dolo como forma o grado de la culpabilidad, cuando actualmente se le ubica en el tipo de injusto pues en éste es donde se establece un juicio de valoración negativa (de desvalor) objetivo-general de la propia conducta, es decir una valoración general que es igual para toda

⁹²³ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1981, pp. 440.

⁹²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Consideraciones sobre la Prueba del Dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 4, 2004, pp. 12 y 13.

conducta de unas determinadas características, con independencia de las condiciones individuales o particulares del sujeto que la realice, que atañe a la culpabilidad⁹²⁵.

En la citada valoración se incluyen los componentes objetivos- externos y los subjetivos psíquicos o anímicos, en estos últimos se sitúa el dolo que lleva inmerso el elemento cognoscitivo que implica el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y su prohibición penal.

Entonces, es dable concluir que la figura del dolo se encuentra conformada por los siguientes aspectos:

- Un elemento intelectual relativo al conocimiento, cuyas características son la actualidad, pues debe sobrevenir en el momento en el cual el autor despliega su comportamiento el que debe referirse a los elementos del tipo objetivo que pretende;
- El querer, que constituye un elemento motivacional pues se traduce en la voluntad que surge de la libertad del ser humano dirigida a la concreción de un tipo penal; y,
- El conocimiento de que la conducta que realiza es antijurídica, esto es, que está prohibida por la ley penal.

Tal definición abarca la conducta del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada, pero puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar⁹²⁶.

En esta línea se ubica al dolo dentro de la estructura del delito, no en la culpabilidad, y dentro del marco de este concepto el elemento cognitivo comprende tanto al conocimiento de la acción y de sus circunstancias

⁹²⁵ Concepto sostenido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “El Dolo y el Dolo Eventual. Reflexiones”, en línea, disponible en la página web aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf [accesada el 3 de septiembre de 2012].

⁹²⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Culpabilidad*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1991, pp. 50 y ss.

concomitantes, como a la representación de la producción del resultado, así, el concepto de dolo subsiste en todas sus formas.

El elemento volitivo se refiere al modo en que el autor estructura su comportamiento individual respecto de su acto, su gravedad varía dependiendo de la posición anímica que haya asumido frente al conocimiento de la acción y a la representación de la producción del resultado.

Sin embargo, actualmente solo se exige el conocimiento como elemento en la definición del dolo excluyendo ese elemento volitivo, basándose en dos argumentos básicamente, el primero referido a la coherencia pues ya se dijo el dolo es concebido como elemento integrante del ilícito y no de la culpabilidad, y el segundo porque dicho concepto se adapta a un sistema penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, el dolo puede presentarse en las formas siguientes. En primer término, como dolo directo o primer grado se define como aquel que en el cual el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad; entonces, la intención se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal, situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar.

En segundo término, como dolo de segundo grado constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico, en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere⁹²⁷.

Esto es, se requiere de la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central.

El dolo eventual se presenta cuando el autor prevé como posible el resultado típico y se conforma con él, este tipo de dolo el sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual prevé como posible, sin que

⁹²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 459.

incida dicha circunstancia en modificar su comportamiento, sino por el contrario sigue adelante y asume el riesgo.

Concretamente en el caso a estudio, el tipo penal del numeral 153.2, se debe justificar la intención o ánimo de lesionar, esto es, los elementos intelectual y volitivo, tendientes a producir un resultado lesivo, con el consecuente nexo causal.

Sumado a lo anterior, el dolo debe ser definido partiendo de los fines para los cuales fue creada la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, esto es, combatir la problemática social que representa la violencia de género, de ahí que, el dolo va más allá del ánimo de dañar física o psíquicamente a otra persona, pues la justificación del tipo exige que se pruebe que el agente activo realiza tales actos virtud de un dominio que tiene frente a su víctima.

El artículo 1° de dicha ley, estipuló que su objeto era actuar contra la violencia que surge como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas teniendo la calidad de esposa, mujer o se mantiene una relación análoga, aún sin convivencia.

4.2.2.1.2. Elemento Objetivo del Tipo.

El tipo penal, acorde a las modalidades de la acción, se clasifica en delitos de *resultado* y de *simple actividad*, según la relación existente entre la acción y objeto de la acción.

En lo que atañe a los de resultado se requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que se de este delito, debe darse una relación de causalidad e imputación objetiva del resultado de la acción a un sujeto.

Éstos a su vez, acorde al momento consumativo, pueden ser instantáneos, que son aquellos en los que el resultado es concomitante con la acción; permanentes que suponen el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por voluntad del autor; o bien, de estado, que son aquellos en los que aunque se crea una situación antijurídica duradera, la consumación cesa desde la aparición de este, pues el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

La clasificación de los delitos de resultado y de mera conducta o actividad, permite determinar: a) el momento consumativo del delito, b) establecer las formas imperfectas de realización del delito, esto es, la tentativa; y, c) exigir o no la relación de causalidad e imputación objetiva del resultado como elemento del tipo objetivo.

El concepto de peligro, en el campo del Derecho Penal, se refiere a la probabilidad⁹²⁸ de que se produzca la lesión o menoscabo de un bien jurídico. Esta probabilidad es un juicio que debe emitirse en el momento de realizarse la acción o cuando se omite esa realización, es decir es un juicio a priori. El juzgador debe tener en cuenta si en el momento en que se realizó u omitió la acción se alteraron desfavorablemente las probabilidades normales de que se produjera la lesión de un bien jurídico⁹²⁹

Por su parte, Jescheck afirma que por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia⁹³⁰.

En los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.⁹³¹

Cuando se habla de peligro, hay que tener en cuenta dos características esenciales. En primer lugar, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado. En segundo lugar, el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Si falta una de esas dos notas, falta también el peligro. No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses

⁹²⁸ Sobre el significado de probabilidad, Escrivá Gregori, afirma que Bochenski, reconociendo las varias significaciones del término “probabilidad”, distingue entre probabilidad de un acontecimiento y probabilidad de una hipótesis, indicando que la diferencia esencial entre ambos conceptos radica, ante todo, en que la primera probabilidad, al menos en principio, puede medirse, por el contrario, al probabilidad de una hipótesis no puede determinarse numéricamente. Sin embargo, Escrivá sostiene que podemos entender la “probabilidad” en un sentido no numérico y gradual, es decir, como el grado mayor o menor de producción de un acontecimiento, que, dado que vendría referido a un peligro, tendría que ser siempre dañoso o lesivo. Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 17.

⁹²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, op. cit., p. 483.

⁹³⁰ JESCHECK Hans-Henrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. [traducción por José Luis Manzanares Samaniego] Comares, Granada, 1993, p. 238.

⁹³¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I [traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal], Civitas, Madrid, 1997, p. 336.

o no los afecta. El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción⁹³².

La dogmática contemporánea ha tratado de reducir en lo posible la técnica de los delitos de peligro abstracto, en los que la peligrosidad real-potencial de la acción no es elemento actual e individual del tipo. En tales delitos tiene presente el legislador la peligrosidad estadística promedio del comportamiento, pero no exige que la acción particular, individual. Sea materialmente peligrosa⁹³³.

El peligro es un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca⁹³⁴.

En los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro⁹³⁵. Solo se exige que se realice la conducta prevista como peligrosa, aunque no se dé la situación de peligro en el caso concreto para los bienes jurídicos individuales⁹³⁶.

En la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto afirma que en ellos el peligro no es elemento constitutivo de la figura de delito sino mero motivo del legislador. En tales delitos se describen acciones generalmente peligrosas según un juicio de experiencia para los bienes jurídicos, que sin embargo no precisan ser peligrosas específicamente en la situación concreta. Es posible someter a pena criminal comportamientos carentes de peligrosidad, en tanto coincidan formalmente en la descripción típica⁹³⁷.

Así, Escriba Gregori sostiene que en los delitos de peligro abstracto el peligro constituye el motivo de su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico. De ahí que la

⁹³² ESCRIBA GREGORI, José María, *op. cit.*, p. 18.

⁹³³ TORIO LÓPEZ, Ángel, "Acción Peligrosa y Dolo. Perspectivas Jurisprudenciales y Legislativas", en ROMERO CASABONA, Carlos María (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en Evolución*, Centro de Estudios Criminológicos/Universidad de la Laguna/Comares, La Laguna/Tenerife/Canarias, 1997, p. 373.

⁹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 320.

⁹³⁵ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 336.

⁹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 483.

⁹³⁷ TORIO LÓPEZ, Ángel, "Los Delitos de Peligro Hipotético (Contribución al Estudio Diferencial de los Delitos de Peligro Abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVI, 1973, p. 825.

doctrina italiana, a partir de la crítica de Antolisei, prefiera hablar de peligro presunto en lugar de peligro abstracto, considerando que lo que realmente se da es una presunción "*iuris et de iure*" de peligro⁹³⁸.

La característica que ha definido tradicionalmente a los delitos de peligro abstracto ha sido la ausencia del peligro del tipo. El tipo penal de peligro abstracto no menciona el peligro entre sus elementos, se limita simplemente a definir una acción peligrosa porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de una acción de estas características⁹³⁹.

En esta clase de delitos, como podemos advertir, el peligro es el motivo que impulsa al legislador, a llevar a cabo la construcción de este tipo penal sin que, una vez configurado este, desarrolle ningún otro tipo de función. De aquí se deriva la exención al juez de la verificación de la efectividad del peligro, lo que motiva que incluso alguno de los autores partidarios de mantener la categoría de los delitos de peligro abstracto se vea en la necesidad de admitir la posibilidad de que se imponga una pena ante la realización de acciones no peligrosas⁹⁴⁰.

En los delitos de peligro abstracto, éste no pertenece a las características del tipo. Se presume que la situación es peligrosa en sí misma, sin que sea preciso demostrarlo en el caso concreto. En ellos, el legislador, partiendo de datos empíricos y estadísticos, incrimina la conducta, que se ha demostrado experimentalmente en la mayoría de los casos resulta peligrosa, con independencia de que haya sido en el caso concreto⁹⁴¹. Es decir, el delito de peligro abstracto es realmente una presunción de peligro. Esto no debe llevarnos a tomar tal presunción como "*iuris et de iure*". El tema se planteó en la reunión de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1969, que se pronunció en contra de tal estilo de presunciones, aun considerando válida esta técnica legislativa⁹⁴².

En los delitos de peligro abstracto se entiende que el legislador define en el tipo formas de conducta consideradas peligrosas porque poseen las

⁹³⁸ ESCRIVA GREGORI, José María, *op. cit.*, p. 69.

⁹³⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 133.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 134-135.

⁹⁴¹ GOMEZ PAVÓN, Pilar, *El Delito de Conducción bajo la Influencia de Bebidas Alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

⁹⁴² *Idem*.

condiciones mínimas suficientes para causar un daño (condiciones mínimas incorporadas a la descripción típica). La relevancia lesiva de tales conductas no se basa en un proceso deductivo sobre la base de la frecuencia con que las mismas provocan resultados lesivos, sino inductivo: A partir de unas condiciones mínimas que pueden señalarse como causas de eventuales resultados lesivos, se establece que todo comportamiento que reúna esas condiciones es peligroso en abstracto. En definitiva, el legislador establece una presunción de que todo comportamiento típico posee la relevancia lesiva típica, realiza el peligro abstracto, aun en el caso de absoluta no peligrosidad en concreto, y por ello suele hablarse de una presunción de peligro/peligrosidad *–iuris et de iure–*⁹⁴³.

Jescheck sostiene que los delitos de peligro abstracto, constituyen, respecto de los de peligro concreto, un estadio anterior, cuyo merecimiento de pena viene dado ya por la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. La creación del propio peligro no pertenece aquí al tipo, porque el correspondiente comportamiento conlleva típicamente la producción de un peligro concreto. Por ello, los indicios de la peligrosidad se encuentran recogidos en forma vinculante en la misma ley⁹⁴⁴.

El legislador ha presumido que ciertas conductas entrañan siempre peligro de manera que su realización se supone, sin más, peligrosa. Se ha dicho ya que el recurso a la creación de delitos de peligro abstracto, constituye una necesidad político-criminal impuesta por el ya mencionado problema del progreso técnico⁹⁴⁵

Al respecto, este autor se manifiesta en desacuerdo con este tipo de construcciones legislativas, pues aún y cuando es cierto que hay un movimiento mundial con relación a contemplar este tipo de delitos, en atención a la evolución de la tecnología, y como consecuencia de ella, los riesgos que se pueden producir a lesionar bienes jurídicos son mayores.

También lo es que tales ilícitos atentan contra el principio de intervención mínima del Derecho Penal ante el abuso que se ha incurrido por parte del órgano legislativo, incluso al de legalidad, ya que basta que el agente incurra en la

⁹⁴³ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 241.

⁹⁴⁴ JESCHECK Hans-Henrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 238.

⁹⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 284.

conducta que el legislador considero peligrosa, para que automáticamente su culpabilidad este demostrada, sin que tenga oportunidad en juicio de probar, que no obstante la conducta ilícita no se estuvo en posibilidad de crear el peligro.

En tales condiciones, si el justificativo es, que hay que sancionar conducta peligrosas ante el desarrollo de la tecnología, pues de igual manera tiene que haber una preocupación mayor para que en la construcción de la norma se especifique cual es la lesión que se trata de evitar, lo que quiere decir que no estamos en contra de los delitos de peligro, sino que estamos en contra de los delitos de peligro abstracto, pues mientras estos existan no importa demostrar si el peligro verdaderamente se dio no, contrariamente a lo sostenido por Quintero Olivares cuando señala: “algunos penalistas, no sin razón, sostienen que en los supuestos que en realidad no hubiera existido peligro alguno, se podrá dudar de si el tipo se realizó realmente o sólo en apariencia”⁹⁴⁶, porque es determinar si el peligro existió en realidad y por tanto es llegar a los delitos peligro concreto.

En tanto que, en los delitos de peligro concreto Roxin afirma que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto “peligro de resultado” en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido⁹⁴⁷. En los delitos de peligro concreto, la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual⁹⁴⁸.

En igual sentido se pronuncia Mir Puig, al señalar que, requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro⁹⁴⁹. Es cuando se exige que en el caso concreto se produzca la situación peligrosa para los bienes jurídicos individuales⁹⁵⁰.

Escriva señala que la mayor parte de la doctrina suele entender por delitos de peligro concreto aquellos en que la exigencia del peligro viene

⁹⁴⁶ *Idem*.

⁹⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 404.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 336.

⁹⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 208.

⁹⁵⁰ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 483.

contenida en el tipo, como elemento del mismo, por lo que debe exigirse una comprobación del peligro por parte del juez⁹⁵¹.

Por tanto, los elementos utilizados generalmente en la caracterización de esta categoría, son dos, por un lado la presencia del peligro en el tipo, y por otro, la consiguiente y necesaria labor de verificación del mismo que ha de realizar el juez en cada caso.

Lo que quiere decir, que el peligro no es aquí el simple motivo esgrimido por el legislador para la tipificación de una acción determinada, sino un elemento que es necesario comprobar desde el momento en que es utilizado expresamente en el tipo⁹⁵².

Jescheck sostiene que en los delitos de peligro concreto la concurrencia del peligro, como elemento del tipo, debe ser constatada por el juez⁹⁵³.

Los delitos de peligro concreto tienen expresamente establecida en el tipo la necesidad de que se haya provocado una concreta situación de peligro⁹⁵⁴.

La diferencia entre delitos de peligro abstracto y peligro concreto podemos señalar que, mientras que en los de peligro concreto además de realizarse la conducta prevista como peligrosa, es necesario que se demuestre la existencia del peligro y en los de peligro abstracto basta la realización de la conducta en sí, sin que se precise la constatación del peligro para considerarse delictiva⁹⁵⁵.

En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse la realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. En los de peligro concreto, el legislador parte de que una determinada situación pueda ser peligrosa y conmina penalmente su realización en el supuesto de que lo sea.

En los de peligro abstracto el legislador parte de que una determinada situación comúnmente es peligrosa y conmina, sin más, con pena su realización.

⁹⁵¹ ESCRIVA GREGORI, José María, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁵² MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁵³ JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 238.

⁹⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 284.

⁹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 483.

En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa.

En los de peligro abstracto por la probabilidad de que lo sea. Luego, entonces, el criterio diferenciador clave es la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro).

En el tipo de lesiones leves, la descripción típica se refiere en un primer supuesto a causar menoscabo o lesión por cualquier medio o procedimiento, lo que da cabida tanto a medios consistentes en acción, como en la comisión por omisión⁹⁵⁶. No obstante, la segunda hipótesis contemplada en el artículo 153.2 hace mención a golpear o maltratar de obra, impidiendo la comisión por omisión⁹⁵⁷.

4.2.2.1.3. El Bien Jurídico Tutelado.

Con la finalidad de contar con un marco teórico que permita comprender la noción de bien jurídico tutelado, en este apartado se efectuará el estudio correspondiente al mismo, así como de las nociones de bienes jurídicos individuales y colectivos; para luego, proceder a identificar el que corresponde al tipo penal cuyo estudio nos ocupa.

Vale decir, desde este momento, que el marco que a continuación se detalla, resulta pertinente y útil para el resto de las figuras jurídicas que serán objeto de análisis en este trabajo de investigación.

El concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834⁹⁵⁸ y desde su inicio se le asoció con la idea de interés e utilidad; era definido como todo valor de la vida humana protegida por el derecho⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual...*, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 920, señala que el sentido del texto legal (refiriéndose al artículo 153) impide equiparar la no evitación del resultado con su causación; sin embargo, debe hacerse una precisión: tal afirmación corresponde al texto del numeral antes de ser modificado por la Ley Orgánica 1/2004, según puede constatarse en la tercera edición de la obra, donde el párrafo es idéntico (y, se infiere, pasó inmodificado en las ulteriores).

⁹⁵⁸ Dato obtenido de ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Bien Jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 43, Madrid, 1991, p. 5.

⁹⁵⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES, Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1988, p. 249

Asimismo se le vio como el objeto de protección del derecho penal al ser un valor individual o de conjunto que merecía la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro⁹⁶⁰.

Como una entidad que constituye el objeto de protección de las normas penales, contra las acciones de los hombres encaminadas a su lesión o destrucción; también se le estimo como la razón de ser de las normas sancionatorias del derecho penal⁹⁶¹.

Es decir, que el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan⁹⁶².

En otras palabras son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho Penal otorga protección, al ser valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad⁹⁶³.

Liszt es quien por primera vez considera el concepto de bien jurídico como un aspecto central de la estructura del delito⁹⁶⁴, esto es, sostiene que tanto su estructuración como la interpretación del tipo contiene un sentido propio que es anterior a la norma penal, es pues un valor abstracto y protegido jurídicamente por el orden social en cuyo mantenimiento la comunidad tiene interés, como titular de ese derecho, ya sea como persona individual o como colectividad.

El bien jurídico, como dice Jescheck⁹⁶⁵, constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo, asimismo, afirma que son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida y de la comunidad a los que presta protección el derecho penal.

Son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio

⁹⁶⁰ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, “Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal”, en *Revista Letras Jurídicas*, Número 6, 2008.

⁹⁶¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 3ª ed., Porrúa, México, 2003.

⁹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997, p. 289.

⁹⁶³ JESCHECK, Hans–Henrich, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 231 y 236.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 234.

⁹⁶⁵ JESCHECK, Hans–Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 350. También *vid.* ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 56.

sistema⁹⁶⁶; entonces el concepto de bien jurídico no se limita a los bienes individuales sino también a los colectivos.

En resumen, los bienes jurídicos son bienes vitales, fundamentales para la existencia en común, abarcan aspectos individuales, colectivos e institucionales que concurren en los procesos de relación del individuo dentro de su comunidad, del sistema social y del funcionamiento del mismo. El Derecho penal asume la tutela y ofrece una concreción material que no es ideal o abstracta de los bienes jurídicos.

Y es así porque fundamentalmente el bien jurídico en el Derecho Penal cumple con las siguientes funciones:

- No hay precepto penal desconectado del bien jurídico, siempre tutela al menos uno;
- Los tipos penales se agrupan o clasifican en base al bien jurídico que protegen e incluso se jerarquizan en función al mismo; y,
- Hay bienes jurídicos individuales con un subgrupo de personalísimos y colectivos.

Las conceptualizaciones anteriores permiten inferir el bien jurídicamente tutelado se clasifica en bienes individuales y bienes colectivos.

La intervención del derecho penal se justifica como protección de bienes jurídicos. En este sentido, los bienes jurídicos expresan necesidades básicas de la persona y los procesos de relación social, de instituciones, sistemas y de su participación⁹⁶⁷.

El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, es un freno de éste en la elaboración de la estructura penal y esas funciones son garantías que se vinculan a la relación entre el individuo y el Estado.

⁹⁶⁶ *Idem.*

⁹⁶⁷ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, citado por URQUIZO OLAECHEA, José, “El Bien Jurídico”, en línea, disponible en la página http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm [accesada el 20 de abril de 2014].

El derecho penal protege bienes vitales que son inherentes a la persona que le sirven a su desarrollo personal ⁹⁶⁸, entonces, el derecho penal esencialmente protege a la persona en su interacción con otras personas y con el Estado.

Por ende, se considera como bienes individuales de la persona los valores o intereses que deben ser tutelados por el Derecho Penal, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la salud, entre otros, que se califican como vitales porque tienen una relación indisoluble con la dignidad humana y que a través de su ejercicio permiten el desarrollo armónico e integral de todo individuo.

Esto es, que el criterio límite del derecho penal es la protección de los intereses individuales que afecten la dignidad de la persona.

Se parte de señalar que su diferenciación con los bienes jurídicos individuales es su no divisibilidad, esto es, será colectivo un bien jurídico cuando conceptual, real y jurídicamente sea imposible dividirlo en partes y asignar una porción a un individuo, es decir, no pueden detentarse individualmente.

Su característica entonces es que el bien jurídico colectivo puede ser disfrutado por cada miembro de una determinada sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido de su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir, el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide que otro individuo haga lo mismo, de ahí que, no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de ésta⁹⁶⁹.

Entonces los bienes jurídicos colectivos se definen a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, citados en *idem*.

⁹⁶⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander, “Los Bienes Jurídicos Colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el Fundamento y Validez de la Protección Penal de los Intereses Microsociales”, p. 7, en línea, disponible en la página web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a20091207_03.pdf [accesada el 20 de enero de 2015].

⁹⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, Tomo II, Control Social/Ara Editores, Lima, 2004, p. 190.

En ese tenor también se les conceptualiza como intereses que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos⁹⁷¹.

Lo anterior arroja como conclusión que los bienes jurídicos colectivos poseen una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad.

Ahora bien, Villegas Paiva⁹⁷² alude que diversos doctrinarios se oponen al reconocimiento por el derecho penal de los bienes jurídicos colectivos, sustancialmente porque resultan, por regla general abstractos y consideran que constituyen una expansión injustificada del mismo, posturas de las que destaca los aspectos siguientes:

- Se trata de un derecho penal expansionista que abandona el núcleo del derecho penal mínimo y rompe los principios de mínima intervención y ultima *ratio*;
- Trastoca los principios garantistas que caracterizan al derecho penal liberal;
- Adopta mayor intervención en la esfera del ciudadano que se manifiesta a través del aumento de las conductas penalmente tipificadas;
- Los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales no son más que objetos ficticios de tutela, carentes de materialización, son excesivamente amplios e indeterminados, de ahí que recurrentemente se acuda a la técnica de delitos de peligro; y,
- No se respetan los límites del principio de ofensividad.

Sin embargo dicho autor rebate esas críticas señalando que los bienes colectivos no son algo nuevo para el derecho penal, por tanto, no puede considerarse que su reconocimiento constituya una expansión del mismo, que su interés creciente se debe a la transformación económica e institucional de la sociedad que hace emerger nuevas entidades que merecen y necesitan ser penadas.

⁹⁷¹ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sociedades en Riesgo y Bienes Jurídicos Colectivos”, en *Themis. Revista de Derecho*, No. 37, 1998, pp. 195-196.

⁹⁷² *Idem*.

Señala que el objeto de los bienes jurídicos no es proteger solo los individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad.

Pondera, inclusive, que Von Liszt, bajo su concepción de positivismo naturalista negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que se trata de intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas, es decir, aquellos intereses no los crea el derecho sino la vida, empero el Derecho eleva ese interés vital a bien jurídico. Bajo esa postura es que se reconocen los bienes jurídicos individuales y colectivos como condiciones de existencia social.

Por su parte Mezger plantea en ese tenor que los intereses que abarcan al bien jurídico no sólo se limitan al del individuo sino también debe perfilarse a la sociedad, razón por la cual habla de bien del Derecho como la conjunción de todos los bienes jurídicos que implican la realidad del ordenamiento jurídico.

Y Welzel señala que los bienes jurídicos tutelan valores fundamentales de conciencia de carácter ético social, pues la protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los valores ético-sociales. Define bien jurídico como un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente, identifica al bien jurídico como todo estado social deseable que el derecho busca resguardar. Entonces su conjunto será constituido de un orden social.

Villegas Paiva⁹⁷³, hace una diferencia entre el concepto de bien jurídico y bien jurídico penal, señalando que los primeros son aquellos intereses sociales o individuales que el Derecho toma para su defensa, en tanto que, los segundos son intereses sociales que son recogidos para su protección que merecen y necesitan que esa tutela jurídica sea reforzada y se acude al derecho penal para ello.

Es así porque el derecho penal reserva su intervención solo para salvaguardar aquellos bienes más esenciales ante los ataques más graves que los lesiones o pongan en peligro, conforme a los principios de subsidiariedad y

⁹⁷³ *Idem.*

carácter de ultima ratio el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves.

Y dice que la necesidad de proteger penalmente un bien jurídico no proviene de su naturaleza individual o colectiva sino de su esencial importancia para la sociedad, de que todos los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo, y por supuesto que la compatibilidad de su tutela penal con lo establecido en la Constitución.

De ahí que, la fundamentación de la intervención penal es la protección de bienes jurídicos colectivos, se encuentra en la realidad social y el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

Sobre ese tema Bustos Ramírez señala que la diferencia de los bienes jurídicos individuales con los colectivos es que los primeros permiten la existencia del sistema social e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual, en tanto que, los segundos se relacionan con el funcionamiento del sistema se refieren a las relaciones macrosociales, sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones como ocurre con el ambiente natural, la fe pública o la libre competencia; entonces los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia y su titularidad es colectiva⁹⁷⁴.

Caro Coria⁹⁷⁵ dice que la protección de bienes jurídicos colectivos constituye una instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permiten atribuir responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, ex-ante riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados, corresponden a un modelo dogmático que es capaz de responder eficazmente a los requerimientos político criminales de este tiempo.

Agrega que tienen un doble fundamento material uno relativo a la realidad social y otro como el modelo de un Estado social que debe atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender hacia la libertad e igualdad material, razón que justifica una

⁹⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁷⁵ *Idem.*

intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.

Y, finalmente, refiere que los bienes jurídicos colectivos son bienes supraindividuales, que no implica que estén más allá de los individuales sino que quedan al servicio de cada ciudadano excluyendo toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección.

Establecido lo anterior, puede señalarse que el delito previsto en el artículo 153.2 del Código Penal español, alude a los malos tratos desde el punto de vista físico, es decir se trata de un antijurídico de lesiones; por lo tanto, el bien jurídico que pretende tutelarse en este caso es el de la salud, desde su conceptualización más general, ya que abarca tanto la física como la psíquica.

Adicionalmente a ello, en el caso particular de este antijurídico, deben tenerse en cuenta los principios que inspiraron su creación, en el sentido de que pretendía prevenir y erradicar la violencia de género ejercida por el hombre contra la mujer, o bien, de quien teniendo una de las relaciones de parentesco natural o por afinidad, o de convivencia sea dominante frente a la persona o personas con quien tiene la misma.

También debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo Español ha identificado como bien jurídico del delito en mención –en su sentencia 927/2000–, la preservación del ámbito familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendiente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

4.2.2.2. El Artículo 173.2 del Código Penal Español.

El tipo penal descrito en el artículo 173.2 del código penal de España, prevé el delito de violencia doméstica cometida con habitualidad, estipulando un amplio círculo de las posibles víctimas, pero que, acorde a los fines pretendidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la pretensión del legislador español era combatir esa violencia doméstica de forma severa cuando la mujer era víctima del hombre.

Por tanto, el concepto de violencia de género está implícito en el precepto que se analiza, entendida como la violencia física o psíquica que ejerce el hombre sobre la mujer como resultado del dominio que ejerce sobre ella siendo su cónyuge o habiendo estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Entonces, la violencia doméstica constituirá los actos habituales de violencia física o psíquica ejercida tanto por el hombre como por la mujer, sobre cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, a excepción de los casos en los que esa violencia se ejerza por el varón sobre la mujer que sea o haya sido su cónyuge o que haya estado ligada al mismo por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aun sin convivencia, pues en tal caso estaríamos ante violencia de género.

De la descripción legal previamente transcrita se desprende que los elementos que integran el tipo penal que se contiene en ella, son los siguientes:

- a) El ejercicio de violencia física o psíquica por parte del activo;
- b) Que tal violencia recaiga sobre persona que tenga respecto del sujeto activo alguna de las calidades siguientes: ser o haber sido cónyuge; estar o haber estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; ser descendiente, ascendiente o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; ser menor o incapaz que conviviente; estar sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; ser persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; y, cualquier persona que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados; y,
- c) El ejercicio habitual de la violencia.

Analicemos cada uno de ellos:

a) El ejercicio de violencia física o psíquica por parte del activo.

En cuanto al primero de los elementos en cuestión, para tal fin se precisa que el maltrato puede presentarse a través de la violencia física que implica el empleo del maltrato de obra, las lesiones o agresiones materiales, y en si, cualquier acto que revele el uso de la fuerza física contra el sujeto pasivo.

Esto es, que por actos de violencia física deben entenderse todos aquellos en los que quedan comprendidos el maltrato de obra, lesiones y, en general, cualquier acto que implique el uso de la fuerza física contra el sujeto pasivo víctima de esa violencia⁹⁷⁶.

La violencia psíquica que en el plano judicial⁹⁷⁷ ha sido interpretada como todo acto u omisión, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado.

La interpretación de lo que había de entenderse por violencia psíquica⁹⁷⁸ ha suscitado numerosas discusiones doctrinales, ya que la interpretación que se adopte ha de buscar un adecuado equilibrio entre una amplitud desmesurada que produjese una *panjudicialización* de toda la vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas y una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos que casi redujese a la nada la ampliación del tipo operada en 1999.

No es sencillo apuntar criterios apriorísticos y habrá que estar a situaciones concretas que han de juzgarse a la vista de todo el contexto en que se producen y en particular de las especiales circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de agresor y víctima.

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001 establece que:

“...una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad

⁹⁷⁶ LEÓN CHAPARRO, Lydia, “Estudio del Actual Artículo 173 del Código Penal”, en *Revista Baylo*, p. 7, en línea, disponible en la página web <http://www.icace.org/ponenciaCAM1.php> [accesada el 8 de diciembre de 2014].

⁹⁷⁷ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla de fecha 9 de septiembre de 2001.

⁹⁷⁸ SINOVAS GÓMEZ, Esther, “La Violencia sobre la Mujer en el Ámbito Familiar, el Artículo 173.2 del Código Penal”, en *Estudios Interdisciplinarios de Género*, en línea, disponible en la página web http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80248/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_SinovasGomez_E.pdf [accesada el 13 de febrero de 2015].

⁹⁷⁸ Sentencia de fecha 7 de julio del año 2000, dictada por el Supremo Tribunal de Justicia Español.

moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado...”.

En tales casos, cuando se trate de violencia psíquica, para afirmar habitualidad, un sector doctrinal propugna que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de los actos.

Algunas formas de maltrato psicológico se presentan bajo las formas siguientes⁹⁷⁹:

- *Abuso verbal*: Rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, utilizar juegos mentales e ironías para confundir, etc.;
- *Intimidación*: Asustar con miradas, gestos o gritos. Arrojar objetos o destrozar la propiedad;
- *Amenazas*: De herir, matar, suicidarse, llevarse a los niños;
- *Abuso económico*: Control abusivo de finanzas, recompensas o castigos monetarios, impedirle trabajar aunque sea necesario para el sostén de la familia, etc.;
- *Abuso sexual*: Imposición del uso de anticonceptivos, presiones para abortar, menosprecio sexual, imposición de relaciones sexuales contra la propia voluntad o contrarias a la naturaleza;
- *Aislamiento*: Control abusivo de la vida del otro, mediante vigilancia de sus actos y movimientos, escucha de sus conversaciones, impedimento de cultivar amistades, etc.; y,
- *Desprecio*: Tratar al otro como inferior, tomar las decisiones importantes sin consultar al otro.

El maltrato doméstico o violencia de género como se le domina actualmente, no comporta únicamente la violencia física, si no que conlleva aparejado la violencia psíquica, la cual, en la mayoría de los casos, es más degradante para la víctima que la propia violencia física⁶.

Desde esta perspectiva, parece lógico pensar que además de los daños físicos que le pueda producir a la víctima (desde equimosis y rozaduras en la piel, pasando por hematomas, hasta roturas de huesos fruto de las palizas

⁹⁷⁹ SINOVAS GÓMEZ, Esther, *loc. cit.*

gratuitas a las que, a veces, son sometidas exista víctimas), exista un daño psicológico que en la mayoría de los casos es muy difícil de tratar, y que va a dejarle secuelas, seguramente, de por vida.

Nos estamos refiriendo, en términos generales, a la destrucción sistemática de la autoestima de una persona por medio de la crítica, los insultos, la burla o el abandono. Porque esto, y hay que tenerlo muy presente, también constituye maltrato y violencia. No hay duda de que a veces los golpes al “alma” pueden herir mucho más que los golpes al cuerpo, incluso pueden dejar heridas mucho más profundas y duraderas que las heridas corporales.

La violencia en la pareja es una situación estresante que causa un impacto psicológico importante en la mayoría de las víctimas. Como cualquier agente estresante, la violencia en la pareja produce reacciones de diferente intensidad en función de variables tales como la personalidad, las habilidades de afrontamiento, los recursos personales y sociales de las víctimas, así como de variables relacionadas con las características específicas del maltrato: su duración, el tipo y el grado de violencia sufrido, fundamentalmente.

b) Que la violencia recaiga sobre persona que tenga respecto del sujeto activo alguna de las calidades que describe el propio precepto.

Por lo que se refiere al *segundo elemento*, los sujetos activo y pasivo, en este caso subsiste una relación porque el agente activo podrá ser quien tenga una relación parental o análoga a ella con los sujetos pasivos, quienes consecuentemente habrán de tener esa calidad.

Un primer paso en el camino de dar claridad al precepto consiste en identificar el conjunto de enunciados gramaticalmente posibles. En este sentido, se obtienen 10 enunciados normativos básicos que se refieren a las diferentes clases de víctimas contempladas (ver fig. 1).

El	cónyuge del autor	(1)
La	persona actualmente unida al autor por análoga relación de afectividad con convivencia	(2)
	persona actualmente unida al autor por análoga relación de afectividad sin convivencia	(3)
	descendiente ...	(4)
	ascendiente ...	(5)
	hermano ...	(6)
El	menor ...	(7)
	incapaz ...	(8)
La persona	amparada en cualquier otra relación, integrada en el núcleo de su convivencia	(9)
	especialmente vulnerable ...	(10)

Fig. 1

El término “cónyuge” utilizado en (1) constituye un elemento normativo del tipo, al cual se da significado por medio de las disposiciones civiles: se traduce como la persona con la que se ha contraído matrimonio; adicionalmente, tanto el varón como la mujer quedan incluidos en la intensión del concepto, de manera que no se trata de una construcción para otorgar protección reforzada a quien pertenece al sexo femenino⁹⁸⁰, sino de disuasión respecto de los delitos relacionados con la violencia doméstica⁹⁸¹, cuyas víctimas y autores son tanto hombres, como mujeres. Mas tal enunciado contiene otra combinación de mayor relevancia: que tal vínculo hubiera terminado al momento de realizar la conducta, pues se dispone que la víctima “haya sido” cónyuge del autor, de manera que ahora tenemos dos supuestos legales (ver fig. 2).

El	cónyuge del autor	(1)
	ex cónyuge del autor	(1a)

Fig. 2

Otro grupo de víctimas se describe como la persona actualmente unida al autor por “análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. La expresión

⁹⁸⁰ Lo que se persigue con la Ley Orgánica 1/2004, habida cuenta de que la actual redacción del artículo 173 se confeccionó en la Ley Orgánica 11/2003, véase BOE 234, pp. 35401-35402.

⁹⁸¹ Como se precisa en la respectiva exposición de motivos, BOE 234, p. 35398, apartado III.

es vaga ya que lo análogo es aquello que guarda analogía con algo⁹⁸² y la analogía se define como la relación de semejanza entre cosas distintas⁹⁸³. Así, para establecer cuándo se equipara una relación afectiva al matrimonio, el intérprete debe precisar cuáles son sus notas esenciales, las características de la relación planteada y comparar unas y otras; como resultado, es válido afirmar que aparentemente se trata de personas ligadas por una situación de hecho en la que se conducen como matrimonio, pero sin contar con la formalidad legal⁹⁸⁴.

Siguiendo a la jurisprudencia, las características que la relación debía presentar para equipararla al matrimonio, serían entonces la heterosexualidad de los sujetos; la convivencia *more uxorio*⁹⁸⁵; continuidad, o sea, la habitualidad en el modo de vida, revelando la existencia de un proyecto de vida en común; y la permanencia, entendida en el sentido de que el vínculo se mantenga a lo largo de cierto tiempo⁹⁸⁶; por lo tanto, al faltar alguna, el nexo entre los sujetos debía estimarse distinto y por ello, no tutelado penalmente.

El que los sujetos vivieran juntos se exigió habida cuenta de que si conforme al ordenamiento civil el matrimonio se caracteriza, entre otras cosas, por la convivencia de los consortes⁹⁸⁷, lo mismo debía exigirse a la relación considerada como su equivalente⁹⁸⁸, a la que se identifica en la figura 1 como (2).

Empero, con la cláusula “aun sin convivencia” se extiende la cobertura del tipo a casos originalmente excluidos; es decir, de sujetos que mantienen una relación sentimental estable y continua a pesar de que no compartan el mismo

⁹⁸² Voz “Análogo”, en REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23a ed., Madrid, 2014, p. 95.

⁹⁸³ Del latín analogía y este a su vez, del griego ἀναλογία: “proporción”, “semejanza”. Voz “Analogía”. *Idem*.

⁹⁸⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual...*, op. cit., p. 117; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, op. cit., p. 140. La expresión “análoga relación de afectividad” ha sido calificada de ridícula y tragicómica, según TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, op. cit., p. 1078.

⁹⁸⁵ Vid. la STS 2661/1995 de 11 de mayo, en la que se examina el artículo 425 del anterior código penal; sin embargo, en él se aludía también a una análoga relación de afectividad entre el autor y su víctima.

⁹⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, op. cit., p. 154, cuestiona si un criterio sería la existencia de relaciones sexuales y de ser así, si su frecuencia sería también relevante. La STS 9353/2011 de 14 de diciembre desarrolla los requisitos para que la analogía opere y sostiene que sin continuidad y estabilidad, aquéllas son irrelevantes.

⁹⁸⁷ Véase el Artículo 68 del Código Civil Español.

⁹⁸⁸ Sentido adoptado por la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS 2142/2004 de 29 de marzo.

techo⁹⁸⁹. En esta hipótesis, la víctima no es cónyuge ni conviviente, por lo que la denominaremos “pareja” y señalamos como (3).

Ahora bien, tanto a la hipótesis de persona unida al autor por análoga relación de afectividad con convivencia (2), como a la de pareja (3), han de sumárseles las correspondientes a que dicha relación hubiera terminado, ya que el precepto se refiere a que la víctima “esté o haya estado ligada” al autor, hipótesis que identificamos como (2a) y (3a) respectivamente, lo que se ilustra enseguida (fig. 3).

La	persona	actualmente unida al autor por análoga relación de afectividad	con convivencia	(2)
		alguna vez unida al autor por análoga relación de afectividad	con convivencia	(2a)
	persona	actualmente unida al autor por análoga relación de afectividad	sin convivencia	(3)
		alguna vez unida al autor por análoga relación de afectividad	sin convivencia	(3a)

Fig. 3

El siguiente círculo de víctimas se menciona como descendientes, ascendientes o hermanos, elementos normativos a los que se da significado por medio de las disposiciones civiles, con lo que comprenden a los nietos, hijos, sobrinos; abuelos, padres, tíos; y hermanos, ya sea por consanguinidad o adopción, en ese orden. Por afinidad, descendientes se considerarían a la nuera o yerno; como ascendientes a los suegros; y el paralelo de hermanos son los cuñados.

Sin embargo, se prescribe que los descendientes pueden serlo tanto del autor, como de su cónyuge o de su pareja; y si bien el requisito de convivencia con el autor se incluye después de mencionar a los menores e incapaces, lo que podría interpretarse como sólo predicable a ellos, la deficiente redacción igualmente permite extenderlo a todos los sustantivos que le preceden⁹⁹⁰ (posibilidad que se ilustra en la fig. 4).

⁹⁸⁹ De manera que las relaciones de noviazgo en las que cada uno vive en distinto domicilio, ahora sí quedan incluidas, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1079.

⁹⁹⁰ Considera que el precepto puede ser interpretado de diferente manera: limitando la exigencia de convivencia a los menores, pero también extendiéndola a todos los parientes que se enumeran, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 153; sostiene que la convivencia entre agresor y agredido es

En la sociedad moderna cobra importancia el fenómeno conocido como “familias mixtas”, o sea, aquellas conformadas por los padres, los hijos habidos en una relación anterior y eventualmente, los procreados en común, pues (como sucede en el segundo caso) se relacionan íntimamente, como familia, personas que no comparten un antepasado. Lo mismo ocurre, cuando al núcleo familiar se incorpora el ascendiente o hermano de su consorte o pareja: la convivencia cotidiana en el ámbito doméstico sería la única justificación racional para extender la cobertura penal a quien no guarda ningún parentesco con el autor; con mayor razón si se piensa en descendientes, ascendientes o hermanos por adopción o afinidad, pero de su cónyuge o pareja.

Entonces, no sólo es una posibilidad aceptable, sino la más coherente con la estructura del tipo y su contenido de injusto: se exige habitualidad en el maltrato, en tanto que se alude a un *plus* y un *aliud*, respecto de los concretos actos violentos, ya que el desvalor de la conducta consiste en someter a las víctimas a un clima de zozobra y vejación⁹⁹¹.

necesaria, a pesar de la torpeza anfibológica del legislador, pues se trata de evitar la violencia en el ámbito del hogar, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 144; en el mismo sentido, la STS 1618/2007 de 16 de marzo, al poner el caso de parientes directos en relación con los de cónyuge o pareja, respecto de los cuales expresamente no se exige convivencia, en la evolución legislativa del precepto y en consideraciones de política criminal.

⁹⁹¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones sobre el Artículo 173.2 del Código Penal: el Maltrato Habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.) *Estudios...*, *op. cit.*, p. 194; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 144.

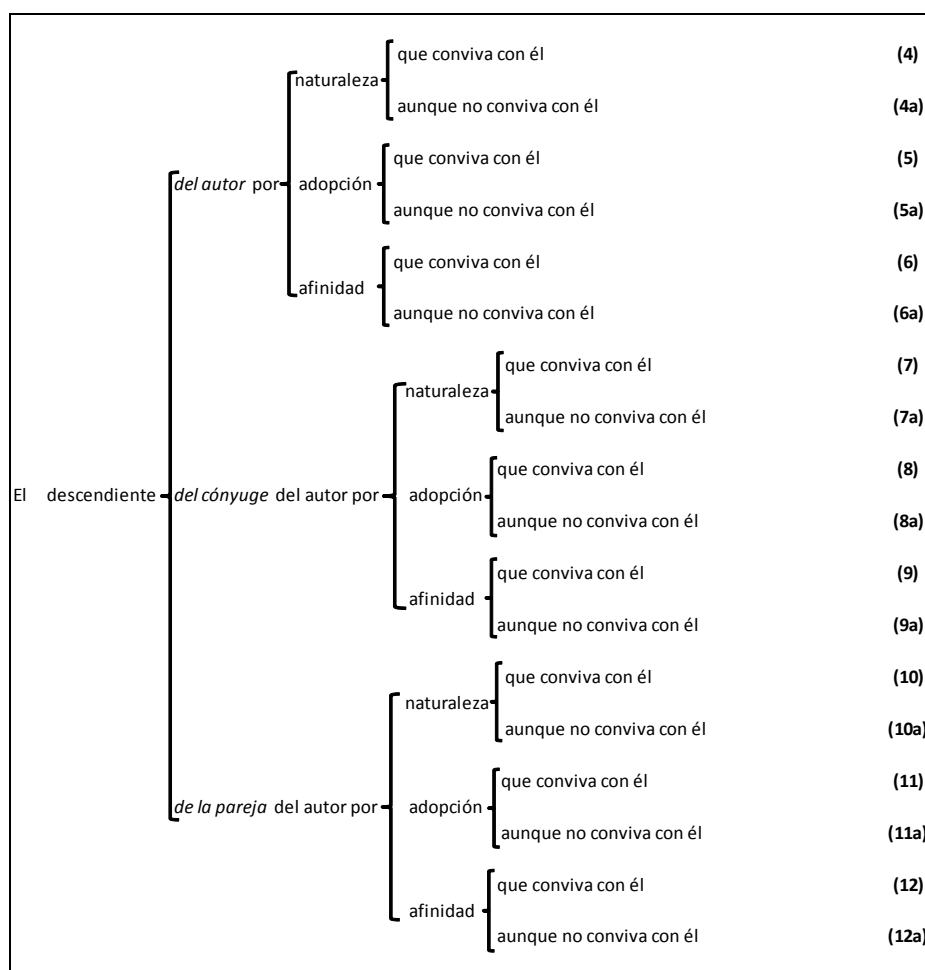


Fig. 4

Al sustituir el término “descendientes” por ascendientes y hermanos, toda vez que se les incluye en las alternativas “propios, o del cónyuge o conviviente”, el número de supuestos, se eleva a 54.

En claro reconocimiento a la realidad social, se alude a los menores o incapaces sin nexo de parentesco con el autor, que convivan con él, o bien, que se encuentren unidos a su cónyuge o pareja por una serie de instituciones jurídicas o situaciones de hecho. Pero inexplicablemente, el legislador introduce una conjunción disyuntiva que conforme a las reglas de la gramática española, implica mutua exclusión de las circunstancias así expresadas: o conviven con el autor, o están sujetos a su cónyuge o pareja pero habitando lugar distinto al de aquél; de lo contrario, la alternativa carece de sentido. A continuación se muestran las hipótesis posibles (fig. 5).

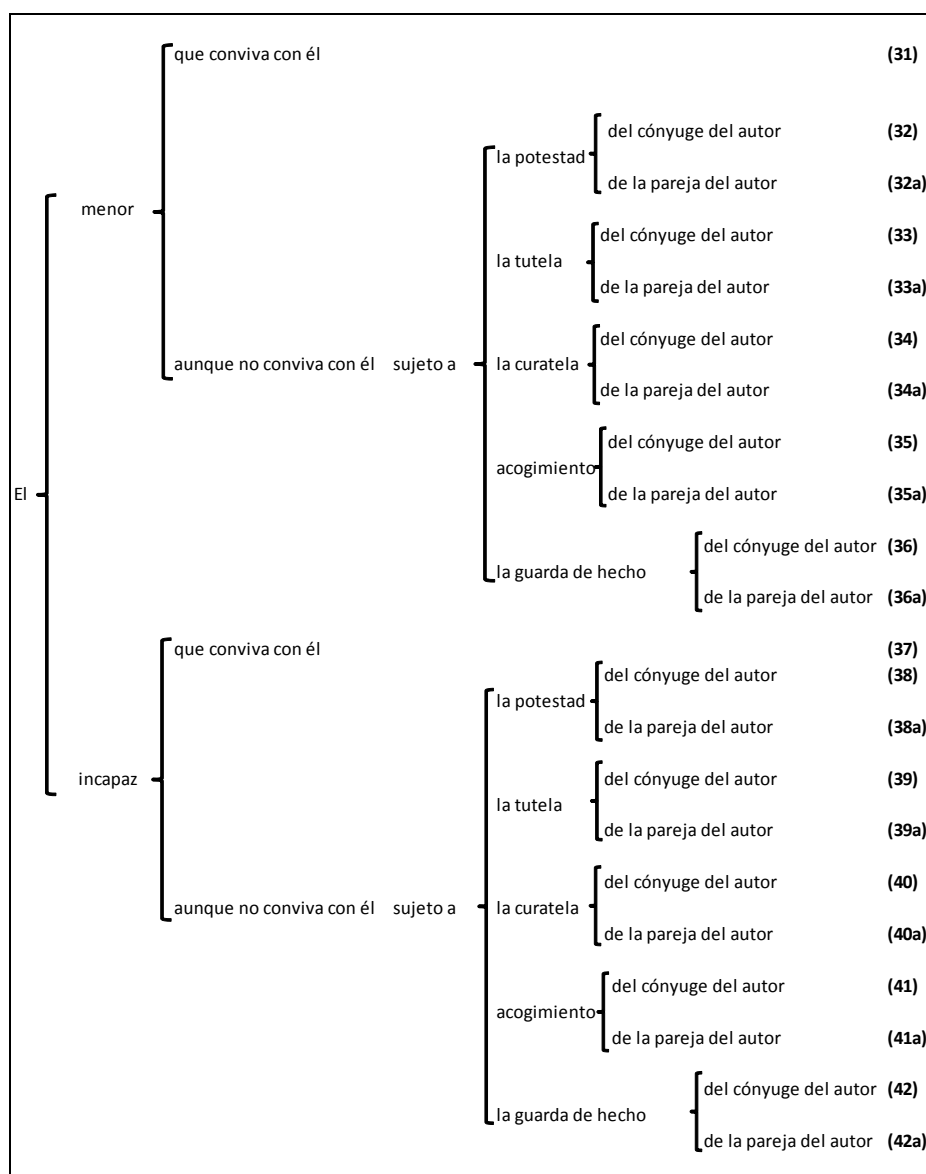


Fig. 5

También se prevé como posible víctima a cualquier persona amparada en otra relación e integrada al núcleo de convivencia del autor. Se trata del “cajón de sastre”, aunque esa otra relación sólo puede interpretarse restrictivamente como análoga a las antes mencionadas⁹⁹². En este sentido, lo que debe entenderse por “núcleo de convivencia” no está claro, ya que una interpretación válida es considerar el círculo de personas con las que el autor comparte su domicilio; sin embargo, ella incluiría casos en que la situación es

⁹⁹² TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, op. cit., p. 1079.

transitoria o bien, permanente pero debida a una relación contractual, cualquiera de los cuales trasciende el ámbito de lo familiar⁹⁹³.

Por último, se incorpora a las personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En esta hipótesis al igual que en la relativa a menores o incapaces, no se exige relación de dependencia de la víctima respecto del autor.

El concepto de “persona especialmente vulnerable”, originalmente introducido en el ordenamiento penal español en el marco de los delitos sexuales como circunstancia agravante⁹⁹⁴, se relacionaba con el estado de desvalimiento de la víctima, a quien se definía como persona que por su corta o avanzada edad, enfermedad o discapacidad, tiene menores posibilidades de defenderse de la agresión. La vulnerabilidad podía ser momentánea o permanente, física o psicológica, buscada o aprovechada y referida a tres ámbitos: edad, enfermedad y situación⁹⁹⁵.

En el ámbito de la violencia doméstica, se define a la persona especialmente vulnerable como cualquiera que por su edad, estado físico o psíquico o por sus condiciones personales en relación al grupo conviviente, la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al autor⁹⁹⁶. La expresión se torna en elemento normativo cuya función es limitar el tipo, a diferencia de su papel como agravante, en el que fundamenta el injusto debido a la mayor facilidad para cometer el delito.

Los supuestos de persona integrada y de persona especialmente vulnerable, desbordan el ámbito familiar⁹⁹⁷, lo que puede apreciarse en su esquematización (fig. 6).

⁹⁹³ Por ejemplo, amigos que viven un tiempo en casa del autor o personal de servicio doméstico interno, como propone GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, *loc. cit.*, p. 38.

⁹⁹⁴ SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “La Expresión Persona Especialmente Vulnerable en el Ámbito de la Violencia de Género, Doméstica y Asimilada (Artículos 148.5, 153.1 y 173.2 del Código Penal)”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 206.

⁹⁹⁵ *Idem*; en el mismo sentido, STS 849/2003 de 11 de febrero.

⁹⁹⁶ OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 26.

⁹⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1079.

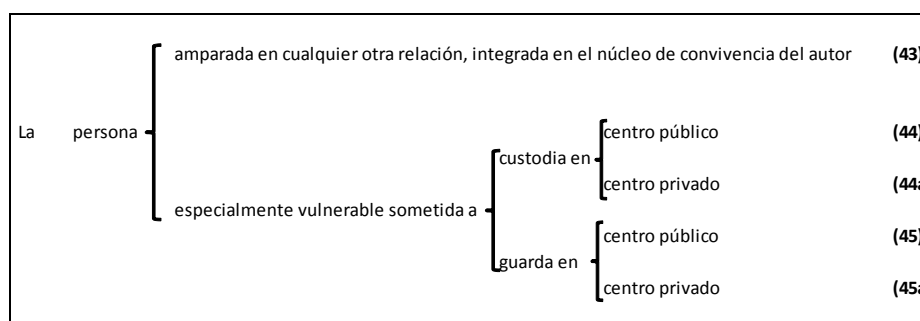


Fig. 6

De todos los enunciados analizados, es posible extraer 87 supuestos distintos acerca de quién podría tener la calidad de víctima, universo normativo que debe ser reducido para excluir los incoherentes o irracionales.

En este sentido, no debe confundirse la convivencia exigida en (1a) y (2a) en cuanto característica de la relación existente entre autor y víctima, con aquella referida a que si la conducta debe ser habitual, ello supondría la persistencia de un contacto frecuente y estrecho entre los sujetos aún después de terminada⁹⁹⁸; no obstante, otros afirman que extender la cobertura penal a ex cónyuges o ex parejas del autor tiene como fundamento el dato empírico sobre la frecuencia de agresiones contra mujeres precisamente luego de que decidían terminar la relación con él⁹⁹⁹, en otras palabras, precisamente porque deriva de ella¹⁰⁰⁰.

A manera de precisión debe señalarse que acorde a la descripción del tipo, en el caso del cónyuge y el ex cónyuge la convivencia resultaría necesaria, no así respecto a las otras relaciones análogas, pues la distinción solo se realiza en forma expresa con referencia a este último supuesto.

El delito de maltrato habitual es un delito especial propio¹⁰⁰¹, porque solo puede ser cometido entre aquellos sujetos que reúnan las características

⁹⁹⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, *loc. cit.*, p. 31, considera imprescindible que la convivencia se mantuviera luego de cesada la relación, para que el precepto tuviera algún sentido, toda vez que la justificación del tipo era proteger a quienes se encontraran subordinados a una persona con posición de dominio sobre ellas, lo que únicamente podría ocurrir, si comparten el mismo techo.

⁹⁹⁹ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la Violencia...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁰⁰ El requisito de convivencia permite excluir 27 supuestos, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 5ª secc, 54/2004 y secc 6ª 31 jul 05. *Vid.* CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁰¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 911.

exigidas por el tipo, es decir, entre quienes ostenten entre sí una relación de parentesco o asimiladas con o sin convivencia, según los casos.

El abanico de sujetos pasivos incluye relaciones de noviazgo, fraternidad, afinidad, descendencia, que pueden clasificarse¹⁰⁰², en primer lugar, como relaciones conyugales o análogas y ex-conyugales o ex-sentimentales. En segundo lugar, como relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o solo a su cónyuge o conviviente, pero que convivan en el núcleo familiar. En tercer lugar, otras relaciones.

Por lo que respecta a las relaciones conyugales, estas suponen un vínculo matrimonial previo. De su parte, en lo referente a las parejas de hecho, o como indica la letra de la ley “personas ligadas por análoga relación de afectividad”, cabría puntualizar que tal definición no es acertada, ya que la afectividad no es lo que caracteriza a todos los matrimonios y parejas de hecho, y es mucho menos oportuna si nos limitamos al ámbito de los malos tratos, pues, los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos.

El código civil reformado por Ley 13/2005, modificó el derecho a contraer matrimonio. Antes de esto, el termino afectividad era confuso y dificultaba su correcta interpretación, ya que dentro del mismo cabían las relaciones homosexuales y sin embargo la jurisprudencia venia entendiendo lo contrario, argumentando que no se cumplía el requisito de ser de diferente sexo los miembros de la pareja, exigencia incluida en el anterior artículo 44 del código civil.

La exclusión de las parejas de hecho homosexuales como merecedoras de protección del artículo 173.2, antes de la Ley 13/2005, era ilógica, ya que en ellas se podían producir, y de hecho se producían, enfrentamientos y agresiones como en cualquier otra pareja, con lo cual explicar la decisión tomada por la jurisprudencia podía llegar a ser contradictorio.

Bajo nuestro punto de vista, esto plantea un serio debate. Por un lado, consideramos evidente la necesidad de proteger a cualquier persona, independientemente de su sexo, de ser agredido por su pareja o ex pareja, si bien hay que aclarar ciertos aspectos. En nuestra opinión, estas parejas las podríamos incluir dentro del delito de violencia doméstica, pero no en el delito de

¹⁰⁰² SINOVAS GÓMEZ, Esther, “La Violencia...”, *loc. cit.*

violencia de género, pues, como ya ha quedado definido antes, es la violencia ejercida de un hombre sobre una mujer por el hecho de serlo y considerarla inferior.

Actualmente los sujetos miembros de una pareja, entre la que exista matrimonio mera relación de hecho, independientemente de su sexo, quedan dentro del marco de protección del artículo 173.2.

En lo que respecta a las relaciones ex-conyugales o ex-sentimentales, éstas quedan protegidas desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del código penal de 1995, en materia de protección de a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, en lo que se refiere a la frase “aún sin convivencia”, el legislador pretender incluir aquí a las relaciones de noviazgo aún sin convivencia, quedando de esta manera amparados por el tipo de violencia habitual los ataques a los novios, exnovios, novias o ex novias, pese a que nunca hayan convivido.

Pero el delito de violencia habitual no solo recoge o ampara a las víctimas que sean o hayan sido pareja, sino que también incluye a *los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción, o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.*

En definitiva, atendiendo a la exigencia o no de convivencia, para poder hablar de este delito, cabe establecerse dos grupos: un primer grupo que en el que se exige la convivencia, y un segundo grupo para el que no se exige.

En el primer grupo, para el que sí se exige una convivencia, con la Ley 11/2003, se incluye como posibles víctimas, tanto a los hijos/as como a los nietos/as, y hermanos/as, añadiendo por último a los cuñados/as y los suegro/as.

De igual modo, se incluye en este grupo a los menores o incapaces, entendiéndose éstos como aquellas personas que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por sí mismos, haya sido o no declarado su incapacitación.

En el segundo grupo, para el que no es exigible convivencia, sólo cabe incluir a quienes son o han sido cónyuges la esposa, ex esposa, novio, novia, ex novio o ex-novia.

Por último, reseñar que el artículo 173.2 también recoge como sujetos pasivos *a la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o*

En este precepto ese incluyen, por tanto, a aquellas personas especialmente vulnerables, que aun carentes de relación de parentesco, se encuentran en una situación de subordinación o dependencia con el sujeto activo, como la que tiene lugar en el caso de tratamiento en centros asistenciales públicos o privados.

c) El ejercicio habitual de la violencia.

Por lo que se refiere al tercer elemento, la habitualidad, conviene indicar que el artículo 173.3 del código penal español define la habitualidad en los términos siguientes:

“3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Respecto a este elemento, Pastora García Álvarez y Juana del Carpio Delgado, han señalado que *el hecho de que las violencias se realicen de forma habitual, junto con el que tengan lugar en un ámbito familiar o cuasifamiliar de dependencia del sujeto pasivo respecto del sujeto activo, constituye la especialidad de este delito y lo que justifica su razón de ser*¹⁰⁰³.

Coincido plenamente con esta apreciación; es precisamente la habitualidad lo que constituye el “núcleo duro” del delito de violencia familiar al que se refiere el precepto 173.2 del Código Penal español, porque lo que debe

¹⁰⁰³ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar (LO 14/1999, de 9 de Junio) Problemas fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 65.

ser objeto de sanción es la realización habitual de conductas violentas en el seno doméstico.

Ahora bien, desde el punto de vista normativo, la habitualidad requiere de la existencia de dos factores, uno numérico referente a los actos de violencia que deben acreditarse y otro de temporalidad, esto es, que dichos actos sobrevengan con cierta proximidad uno del otro.

Sin embargo para dotar de contenido a dicho concepto hay que recurrir a la jurisprudencia que ha precisado que la habitualidad más que la pluralidad de actos violentos o la frecuencia de los mismos, supone una permanencia en el trato violento, esto es, es menester que la víctima viva en un estado de agresión constante.

Es la permanencia de esa violencia, ya sea física, psíquica o ambas, es que radica el desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual¹⁰⁰⁴.

Por ende, si bien la habitualidad se caracteriza por la suma de actos violentos físicos o psíquicos y la frecuencia con que ocurren, va más allá de una suma, pues se requiere que esos episodios violentos generen un estado de permanente estado de sometimiento para la víctima mientras ocurren.

Ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Santacruz de Tenerife, Sección 2ª de 23 de abril de 1999, en la que estipuló:

“[...] no basta con la mera repetición de actos, ni resulta determinante ni decisivo el número de actos realizado –tres o más–, sino que tal objetivo cualitativo debe ser completado con otras exigencias adicionales. Se requiere en consecuencia, una investigación minuciosa que permita deducir, aparte de ese elemento objetivo de la realización de una serie de actos de violencia física por parte del sujeto activo, esa inclinación o tendencia a repetición de actos, en que radica el peligro que está en la ratio legis del subtipo, que representa un factor de riesgo para los bienes jurídicos tutelados y cuya valoración corresponde, como un dato fáctico más a la categoría de lo injusto [...]”.

¹⁰⁰⁴ STS de fecha 7 de julio del año 2000.

Lo anterior permite inferir que las características elementales que deben tomarse en cuenta para sostener la existencia de habitualidad en el maltrato son la existencia de pluralidad de actos, los cuales habrán de ser próximos entre sí, esto es, debe haber unidad de actos violentos, y además de haber creado un clima permanente en el ámbito familiar de sometimiento del agente activo al pasivo.

Cabe precisar que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos sobre un mismo o distintos sujetos pasivos, con la condicionante que estén integrados a un marco convivencial.

Muñoz Conde señala que para apreciar la habitualidad “no se requiere un mínimo de actos de violencia, es oportuno mantener un concepto criminológico-social, ya que aunque el artículo 173.3 establece que se atenderá al número de actos que resulten acreditados, no indica el mínimo necesario” ¹⁰⁰⁵.

En lo que se refiere a la proximidad temporal de las agresiones, hay que indicar que, además de atender al criterio cronológico, los actos han de responder a una cierta unidad de contexto ¹⁰⁰⁶.

En cualquier caso, la proximidad debería quedar definida en el precepto de maltrato habitual para que así no quedara en manos del arbitrio judicial, decidir cuando existe proximidad y cuando no.

Como señala el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 7 de julio de 2000, lo relevante para apreciar dicha habitualidad es “más que la pluralidad en sí misma, la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual”.

El propio tipo penal en comento, vertebra la existencia de dicha habitualidad a través de cuatro aspectos básicos. Los primeros dos se refieren a la *pluralidad de actos y proximidad temporal*.

¹⁰⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 122.

¹⁰⁰⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel y TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La Reforma de la Ejecución Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 180.

Ambos han de analizarse indisolublemente unidos, ya que como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de noviembre de 2002, para la aprehensión con un mínimo de seguridad jurídica del concepto de habitualidad dentro de la citada esfera delictiva, el código penal establece dos obligadas referencias, puesto que además de resultar acreditados un número de “actos de violencia”¹⁰⁰⁷, es preciso que tales actos obedezcan a una determinada pauta de conducta y no a meros comportamientos cronológicamente aislados, es decir, tal y como el propio texto legal expresa, es preciso que tales actos de violencia guarden entre sí "proximidad temporal".

Para la cuantificación habrán de sumarse tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica, pero lo verdaderamente importante es que dicha pluralidad de actos obedezcan a la generación de un clima de violencia en el ámbito familiar, de forma que si en un mismo día hay tres actos de violencia pero esa situación no vuelve a producirse con posterioridad no se dará la habitualidad requerida por el tipo.

Sólo teniendo en cuenta una cierta pluralidad de actos temporalmente enlazados, así como el resto de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en el caso concreto podrá, en su caso, concluirse con la apreciación penal de la existencia en el ámbito familiar de una conducta atentatoria contra la dignidad de la persona humana y, concretamente, del derecho de toda persona a no verse sometida a trato inhumano o degradante alguno, por medio de un estado de agresión permanente.

El tercer aspecto se refiere a la *pluralidad de sujetos pasivos*.

Ello implica que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos sobre distintos sujetos pasivos, ahora bien es preciso que estén integrados en el mismo marco convivencial, de forma que no existirá habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y el excónyuge, sin perjuicio de que cada entorno familiar pueda dar lugar, si los actos son reiterados en uno y otro entorno, a la existencia de dos delitos del artículo 173 en relación de concurso real.

El cuarto aspecto lo es la *independencia de los hechos hayan sido o no enjuiciados con anterioridad*.

¹⁰⁰⁷ Ineludiblemente más de dos, conforme a las SSTs de 11 de marzo de 2003 y 18 de abril de 2003, respectivamente.

En resumen, son la reiteración de conductas de violencia física o psíquica por parte de un miembro de la familia –aún cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta–, en cuanto que viene a crear un ambiente o atmósfera irrespirable o de sistemático maltrato, las que constituyen esta figura delictiva.

4.2.2.2.1. Elemento Subjetivo del Tipo.

En el caso del tipo previsto en el artículo 173.2 del Código Penal español, al requerirse habitualidad en la conducta, y al tratarse de un elenco cerrado de posibles sujetos activos y pasivos, se descarta la comisión por imprudencia, por lo que sólo cabe su comisión dolosa.

En este sentido, y como afirma Muñoz Sánchez¹⁰⁰⁸, el dolo debe abarcar el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, esto es, la reiteración de la violencia y la relación típica que proporciona al sujeto activo una relación de dominio y de poder. Pero sin ser necesario el conocimiento de los eventuales resultados lesivos que pudieran ocasionar los actos violentos por separado.

La existencia o no de dolo respecto a dichos resultados, solo será relevante para determinar la responsabilidad dolosa o imprudente en relación con los delitos o faltas a que dieran lugar los actos violentos por separado¹⁰⁰⁹.

4.2.2.2.2. Elemento Objetivo del Tipo.

El elemento objetivo del tipo tiene íntima vinculación con el vocablo “conducta”, el que se concibe en el tipo de violencia familiar como “supraconcepto” comprensivo de acción y de omisión¹⁰¹⁰, lo que supone, en origen, que la prohibición se dirige tanto al hacer positivo como al no hacer lo

¹⁰⁰⁸ MÚÑOZ SÁNCHEZ, Juan, “El Delito de Violencia Doméstica Habitual (Artículo 173.2 del Código Penal)”, en RUEDA MARTÍN, María Ángeles y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.), *La Reforma Penal en Torno a la Violencia Doméstica y de Género*, Atelier, Madrid, 2004, p. 70.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰¹⁰ *Vid.* KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los Delitos de Omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 97 y GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 46.

ordenado, incluyendo el no impedir el resultado típico cuando se tiene el deber de evitarlo¹⁰¹¹.

Por el contrario, si se limita a actos positivos, interpretación que es igualmente válida, pues al mismo tiempo el enunciado legal contempla a la conducta como lo que el sujeto “lleva a cabo”, es decir, una acción que se realiza, quedaría fuera la omisión¹⁰¹².

En el caso del tipo de violencia doméstica, en él se alude a ejercer violencia física o psicológica, implicando en ambos casos realizar sólo actos positivos, ya fueran de acometimiento corporal¹⁰¹³ o de acometimiento verbal e incluso de obra sin contacto físico contra la víctima¹⁰¹⁴. Diferente a los anteriores en su redacción, ya que se apunta que la amenaza se efectúe utilizando armas u objetos peligrosos, el tipo contenido en el número 5 del artículo 171, no obstante, también admite la comisión activa solamente¹⁰¹⁵.

El tipo de violencia familiar se refiere a ejecutar conductas que agredan¹⁰¹⁶ física, psicológica, patrimonial o económicamente, sin embargo, de acuerdo con el significado del verbo *agredir* queda claro que las conductas no agreden, las personas son quienes lo hacen.

Entonces, el objeto de la prohibición es llevar a cabo conductas que objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*¹⁰¹⁷ se puedan considerar ataques de naturaleza física, psicológica, patrimonial o económica contra la víctima.

¹⁰¹¹ En lo que consiste la comisión por omisión, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 312; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 256; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 203; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.*, *Derecho...*, p. 364.

¹⁰¹² En el artículo 6 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, se define a la violencia psicológica, patrimonial, y económica, integrada por actos u omisiones.

¹⁰¹³ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones *loc. cit.*”, p. 179; OLMEDO CARDENETE, citado por FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, *op. cit.*, p. 332, nota 159.

¹⁰¹⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones...”, *loc. cit.*, p. 181; DE VEGA RUÍZ y DELGADO MARTÍN, citados por FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, *op. cit.*, p. 332, notas 161 y 162, respectivamente.

¹⁰¹⁵ Toda vez que la amenaza consiste en la invocación de un mal constitutivo de delito, precisa QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰¹⁶ Agredir, del latín *aggredi*, “dirigirse a alguien”; de *gradi*, “andar”, significa acometer a alguno para hacerle daño. Voz “Agredir”, en MARTÍN, Alonso, *Enciclopedia...*, *op. cit.*, T. I (A-Ch), p. 169.

¹⁰¹⁷ Defiende la perspectiva *ex ante* para establecer el contenido del injusto y la función de prevención del Derecho penal, MIR PUIG, Santiago, *El Derecho...*, p. 182.

Desde el punto de vista objetivo, la conducta ha de ser entonces idónea para causar daño, quedando fuera criterios subjetivistas¹⁰¹⁸ como la opinión o la reacción de la víctima, ya que un elemento esencial del tipo no puede válidamente dejarse a la consideración de uno de los involucrados sin vulnerar los principios de culpabilidad, igualdad y seguridad jurídica.

En efecto, el principio de culpabilidad presenta cuatro vertientes: la *responsabilidad personal*, lo que significa que no pueden derivarse consecuencias penales contra una persona, por conductas ajenas; la *responsabilidad por el hecho*, es decir, que no es posible castigar personalidades, sino conductas; la *responsabilidad por el vínculo subjetivo*, o sea, que entre la persona y el hecho debe existir un vínculo, sea por dolo o cuando menos por imprudencia; y finalmente, la *imputación personal*, lo que significa que el hecho debe poder atribuirse a la persona como producto de una motivación normal racional¹⁰¹⁹.

Entonces, si se hace depender la existencia del delito de cierta respuesta emocional de la víctima, la sanción no responde al hecho realizado, sino a la fortaleza moral o a la percepción del destinatario de la amenaza, es decir, al comportamiento ajeno. Así, la negativa a proporcionar recursos para que un “comprador compulsivo” adquiera calzado, sería percibido por este último como una agresión patrimonial, hasta podría dar lugar a una espiral depresiva, con lo que la afectación psicológica aparece indiscutible y sin embargo, asignar consecuencias jurídicas adversas al autor como consiguiente, es claramente un despropósito.

¹⁰¹⁸ Los cuales subyacen en la tesis VI.2o. J/296, publicada en la Octava Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 80, agosto de 1994, p. 69, Registro 210757, en la que el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito mexicano sostiene que para considerar actualizado el delito de amenazas es necesario que los actos realizados perturben la tranquilidad de la víctima, le generen zozobra o perturbación psíquica por el temor de que se le cause un mal futuro. Empero, el tipo de amenazas.

¹⁰¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 132; Gimbernat considera que el principio de culpabilidad tiene un doble significado, refiriéndose sólo a la responsabilidad por el vínculo subjetivo y a la imputación personal, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios...*, op. cit., p. 143, nota 12; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 96, lo limita a la responsabilidad por el vínculo subjetivo; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, op. cit., p. 69, estiman que contiene tres exigencias: la responsabilidad por el vínculo subjetivo, la proporcionalidad de la pena, y la responsabilidad por el hecho; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 75, incluyen la responsabilidad personal, la responsabilidad por el vínculo subjetivo, la proporcionalidad de la pena respecto del hecho cometido, y la consideración de circunstancias específicas del autor al momento de ejecutar el ilícito, con el fin de atenuar o eliminar la culpabilidad; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, op. cit., p. 86, se refiere también a un doble contenido: la imposibilidad de imponer pena sin culpabilidad y la proporcionalidad de la pena al grado de culpabilidad, sin embargo, esto no aclara nada, pues se incluye el concepto a definir en la propia definición.

El principio de igualdad en el campo penal significa que el ordenamiento debe tratar a todos de la misma manera, sin distinciones ni privilegios¹⁰²⁰. Lo anterior constituye la igualdad ante la ley, aspecto en el que originalmente se entendió a la igualdad jurídica¹⁰²¹; no obstante, en la segunda mitad del siglo XX se consolidó una nueva interpretación por la que el sujeto pasivo del derecho a la igualdad no eran sólo los aplicadores de la ley, sino el propio legislador¹⁰²². En este sentido se habla de que si bien la igualdad tiene una dimensión material y otra formal, esta última se integra por la igualdad *ante* la ley como también por la igualdad *en* la ley¹⁰²³.

La igualdad es entonces un concepto relacional, es decir, su contenido se extrae por un ejercicio de comparación a través del cual se identifica la proporción que dos objetos guardan respecto a cierta razón de contraste establecida a partir de semejanzas comunes relevantes¹⁰²⁴. De esta forma, el principio de igualdad exige no dar a lo esencialmente igual, tratamiento arbitrariamente desigual¹⁰²⁵.

Una persona valerosa reaccionaría con desdén ante la misma conducta que otra de menor reciedumbre percibiría como agresiva, de manera que si se toma como baremo la actitud de la víctima frente al hecho, su tratamiento será distinto: en el primer caso habría de calificarse como atípico, mientras que en el segundo, sí sería subsumible el supuesto fáctico en la hipótesis normativa, avanzando con ello en el camino de la sanción penal¹⁰²⁶.

¹⁰²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, Bosch, 5ª edición, Barcelona, 2004, p. 154.

¹⁰²¹ Resultado del iluminismo liberal contrario al privilegio característico del *Ancient Régime*, SOBERANES DÍEZ, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, Porrúa, México, 2011, p. 17; LUCAS, Javier, “La Igualdad Ante la Ley”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y otro, *El Derecho...*, p. 494.

¹⁰²² Paradigma defendido en su tesis doctoral por Leibholz en 1929 y que influenció las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, al cual Leibholz perteneció como magistrado de 1951 a 1971, SOBERANES DÍEZ, José María, “La Igualdad...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰²³ SOBERANES DÍEZ, José María, “La igualdad...”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰²⁴ LUCAS, Javier, *La Igualdad...*, *op. cit.*, p. 495.

¹⁰²⁵ SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 72; se refiere a él como “criterio de la justicia”, asignándole el mismo contenido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 85.

¹⁰²⁶ Las consecuencias de una u otra determinación son especialmente relevantes: considerar atípica la conducta, significa reconocer que no es de las que interesan al Derecho penal, lo que impide continuar con el examen de las subsecuentes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, en su aspecto positivo y negativo. Por el contrario, sostener que la conducta es típica constituye el presupuesto para las verificaciones mencionadas y eventualmente, corroborar la existencia del ilícito y la procedencia de la pena correspondiente. Sobre la sistematización en el estudio de las categorías que integran el delito, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, *op. cit.*, p. 95; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 215.

Por otro lado, la función del Derecho penal en un Estado democrático de Derecho es la prevención de los delitos, lo que se persigue a través de la motivación de las personas para que eviten cometer conductas caracterizadas por su oposición a los bienes jurídico-penales¹⁰²⁷.

Entonces, predicar que una conducta supone una amenaza para determinado bien jurídico-penal sólo puede hacerse con criterios objetivos apreciables por cualquier persona; de lo contrario, el efecto disuasorio de la norma, así como la capacidad del tipo para generar la llamada de atención que implica la función instructora, se diluyen.

En efecto, prevenir que las personas cometan delitos únicamente puede intentarse motivándolas a no realizar conductas que pueden identificar como contrarias al ordenamiento, pero antes de llevarlas a cabo¹⁰²⁸; más cuando la antinormatividad no se revela sino con posterioridad a ello, la prevención es simplemente imposible.

La seguridad jurídica se vincula al Estado de Derecho y contiene un par de exigencias objetivas: de corrección estructural, es decir, formulación adecuada de las normas y su corrección funcional, o sea, el cumplimiento de las normas por sus destinatarios; así como una exigencia subjetiva consistente en la certeza del Derecho, en otras palabras, que en el ámbito personal permean las garantías estructurales y funcionales de su aspecto objetivo¹⁰²⁹.

Precisamente por condicionar la sanción a un resultado constatable únicamente *ex post facto*, el cual no guarda relación con la conducta ejecutada, sino con cualidades de la víctima que el autor no puede aprehender desde un inicio, las respuestas por parte del Derecho penal, resultarían impredecibles, de manera que la persona no tendría los elementos necesarios para ajustar su conducta a lo que la ley permite, obliga o prohíbe¹⁰³⁰.

En cuanto a que la conducta prohibida en el tipo de violencia familiar consiste en ataques de naturaleza física, psicológica, patrimonial o económica

¹⁰²⁷ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, B de F, 2ª edición, Buenos Aires, 2003, p. 84; refiriéndose a la función motivadora del tipo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios...*, 1990, p. 172; como parte de la función motivadora de la “norma” penal, MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, pp. 58 ss; identifican la función de la pena con la función del Derecho penal, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, p. 45; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 79-80.

¹⁰²⁸ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho...*, op. cit., p. 99.

¹⁰²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Seguridad Jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA SAN MIGUEL, Javier (coords.), *El Derecho y la Justicia*, Vol. 2, Trotta/CSIC, Madrid, 1996, p. 483.

¹⁰³⁰ *Ibidem*, p. 484.

contra la víctima, a la “agresión física” habrá de darse el mismo significado de violencia física contenido en los artículos 153.1 y 173.2 del Código Penal español: toda manifestación agresiva o de maltrato cualquiera que sea su gravedad¹⁰³¹.

La legislación penal española, por su parte, limita el concepto de lesiones leves en el ámbito doméstico, a supuestos en los que la víctima no requiere tratamiento médico, sino simple asistencia facultativa: en el artículo 153.1 se precisa que el menoscabo psíquico o la lesión provocados no sean definidos como delito, de tal suerte que para dar significado a tal condición es preciso identificar lo que constituye el delito de lesiones.

Así, tenemos que por delito de lesiones se considera, según el artículo 147 del código penal español, todo menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental, siempre que para el restablecimiento de la víctima sea objetivamente necesario, además de la primera asistencia facultativa, de tratamiento médico o quirúrgico.

Ahora bien, como asistencia facultativa han de entenderse las acciones encaminadas a evitar o disminuir el daño a la salud, los cuidados dirigidos a reducir el sufrimiento derivado del trastorno, las medidas para prevenir afectaciones ligadas a la conducta, así como la mera diagnosis no seguida de curaciones o el seguimiento a la evolución de la salud¹⁰³². Se trata de una única cura, a pesar de que se fraccione en un lapso de tiempo, eso sí, breve, de manera que se presentarían tres supuestos básicos: tras la primera cura, el paciente nada tiene que hacer; el propio paciente debe realizar algunas curaciones o seguir una prescripción que él mismo, según el facultativo le indica, abandona cuando considera que se ha restablecido; o bien, el facultativo realiza una primera cura, luego realiza una segunda de comprobación final¹⁰³³.

En cambio, el tratamiento médico o quirúrgico supone un sistema que se utiliza para curar una enfermedad o reducir sus consecuencias si es incurable, prescrita por un médico¹⁰³⁴; la intervención médica con planificación de un

¹⁰³¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones Sobre el Artículo 173.2 del Código Penal: el Maltrato Habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, (Directora), *Estudios...*, p. 179.

¹⁰³² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 151; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 923.

¹⁰³³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 108.

¹⁰³⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 103; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 924.

esquema de recuperación para curar, reducir las consecuencias del menoscabo a la salud o incluso, una recuperación no dolorosa, incluyendo las pruebas necesarias para determinar el contenido de la afectación e intentar ponerle remedio¹⁰³⁵; o la intervención médica consistente en alguna forma de terapia, ya sea farmacológica, psicoterapéutica o rehabilitadora, que excede el limitarse a observar la evolución del traumatismo dejado a su propio curso¹⁰³⁶.

Además, no es suficiente con precisar la clase de atención recibida, sino que es necesario analizar si la lesión requiere de tratamiento médico o no, pero a partir de criterios objetivos. De esta forma, se excluyen resultados unidos causalmente a la conducta pero que desde una perspectiva *ex ante* no se aprecia el riesgo de que se produzcan; igualmente, carece de importancia si la atención médica se prestó o no, o el éxito alcanzado con ella¹⁰³⁷.

Por lo tanto, la agresión física ha de ser de las que sólo producen una afectación que con la primera asistencia facultativa se consigue su sanidad, pues de otra forma integraría el tipo básico de lesiones expresado en el primer apartado del artículo 147.

La “agresión psicológica” guardaría relación con el concepto de “violencia psíquica” utilizado en el artículo 153.1 de la legislación hispana, atribuyéndole la acepción paralela de acometimiento, aunque en el aspecto emocional¹⁰³⁸; sin embargo, la nota diferencial consiste en que la violencia psicológica requerida por el artículo 173.2 debe estar encaminada a humillar, envilecer, degradar¹⁰³⁹. No sólo el traslado del enunciado legal al título relativo a los delitos contra la integridad moral¹⁰⁴⁰, sino la misma redacción conducen a ello: la exigencia de

¹⁰³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 107, definición que se contiene en la STS 1681/2001 de 26 de septiembre.

¹⁰³⁶ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coordinador), *Código...*, p. 1012.

¹⁰³⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 104; SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1012, citando la STS 1031/2003 de 8 de septiembre y la STS 337/2002 de 1 de marzo; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 108; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 925.

¹⁰³⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 151; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, (Directora), *Estudios...*, p. 181, lo define como cualquier acto de acometimiento de obra o verbal sin contacto corporal directo con la víctima y sobre su *psiquis* creando un estado de agresión permanente.

¹⁰³⁹ Por ello se la califica de “instrumental”, ya que se erige en un medio que se juzga apto para alcanzar el fin deseado: someter, cosificar a la víctima.

¹⁰⁴⁰ Como sostiene NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas consideraciones...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, (Directora), *Estudios...*, *op. cit.*, p. 182.

habitualidad deja en claro que se trata de un ilícito de estado y no instantáneo como las lesiones.

Así, el menoscabo psíquico al que se refiere en el tipo de lesiones leves, conforme al lenguaje común, significa disminuir algo, quitarle una parte, acortarlo o reducirlo, o bien deteriorarle parte de la estimación o lucimiento que antes tenía¹⁰⁴¹; en tanto que el vocablo psíquico denota lo relativo o perteneciente al alma¹⁰⁴², no obstante, de la ubicación sistemática del enunciado legal, se advierte un predominio del concepto de lesión sobre el de malos tratos, de tal suerte que parece necesario interpretarlo como asimilación al concepto de afectación a la salud mental previsto en el artículo 147¹⁰⁴³.

De forma general, se afirma que el menoscabo psíquico debe entenderse por la idea de la humillación o el envilecimiento de una persona, es decir, la rebaja de la dignidad del sujeto lesionado, en suma, su degradación¹⁰⁴⁴; sin embargo, otro sostiene que sólo se presenta cuando se menoscaba el libre desarrollo de la personalidad sin que se requiera que el sujeto agresor tenga el propósito de humillar o envilecer a su víctima, ni tampoco que el sujeto pasivo se sienta humillado, lo determinante es la producción de un trastorno en su psique que le impida desarrollarse libremente¹⁰⁴⁵.

Lo cierto es que la suma de esas posturas configura propiamente, en forma íntegra, lo que debe entenderse como daño psíquico, pues la humillación, envilecimiento o degradación de una persona, desde luego que influye en su conducta y reacción frente al medio en que se desenvuelve, afectando con preponderancia sus procesos de razonamiento¹⁰⁴⁶.

Es decir, el daño psicológico representa un desajuste por el flujo de diferentes elementos que impide el progreso, cuyos efectos se acumulan y producen una mutación en la racionalidad del ser humano¹⁰⁴⁷; es pues, una

¹⁰⁴¹ Voz: “Menoscabar”, en REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, op. cit., p. 959.

¹⁰⁴² Del latín *psychicus* y este del griego *ψυχικός*, Voz: “Psíquico”, en *ibidem*, p. 1196.

¹⁰⁴³ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 949.

¹⁰⁴⁴ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 31.

¹⁰⁴⁵ CANOSA USERA, Raúl, *El Derecho a la Integridad Personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 93.

¹⁰⁴⁶ NÉSTOR AMÍLCAR, Cipriano, *El Daño Psíquico, Sus Diferencias con el Daño Moral*, Tomo II, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 1329.

¹⁰⁴⁷ GHERSI, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica (Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis)*, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, p. 249.

lesión o perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio preexistente.

Esto deriva en conductas conflictivas que superan el nivel necesario y ordinario de la vida, con carácter patógeno o traumáticas, incompatibles con la racionalidad, que hacen que la persona entre en una tensión y no pueda discriminar los términos de su conflicto, por la cual requiere la ayuda de un especialista¹⁰⁴⁸.

Por ende, el daño psíquico es el menoscabo de las funciones cognitivas, afectivas y volitivas propiciado por vivencias psicotraumatizantes, de evolución variada, que puede ser reversible o no y que ocasiona disminución de las aptitudes mentales que disponía, evaluables en incapacidad para la disposición humana¹⁰⁴⁹.

En el entorno jurídico el concepto de menoscabo psíquico debe ser entendido como un deterioro de la psique que es ocasionado por actos de escasa gravedad y que no son, por sí solos, constitutivos de delito¹⁰⁵⁰.

Ese concepto admite múltiples modalidades que van desde la violencia o agresión intelectual hasta la moral en la cual quedan inmersas las amenazas, la intimidación, los insultos, el desprecio, y otras; esto es, en general puede definirse como todas las acciones que tengan por objeto afectar el equilibrio mental y emocional del sujeto pasivo, con el fin de someterlo.

Sobre el tema, el Tribunal Supremo Español, en sentencia del 21 de diciembre de 2001¹⁰⁵¹, estableció que por violencia psíquica cabe entender la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil.

¹⁰⁴⁸ *Idem.*

¹⁰⁴⁹ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso...*, p. 31.

¹⁰⁵⁰ SERRANO TORRAGA, Ma. Dolores, “Malos Tratos sobre Menores”, en *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos*, IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos, los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 519-520.

¹⁰⁵¹ STS 2486/2001, de 21 de diciembre.

Tal criterio permite inferir que la violencia requerida por el tipo se refiere al sometimiento de la víctima a un estado de agresión permanente e implica vivir bajo dominio, con temor y miedo.

Por su parte, los términos “conductas que agredan patrimonialmente” y “conductas que agredan económicamente” utilizados por el legislador michoacano¹⁰⁵² presentan ciertos problemas: en el lenguaje común los adjetivos “patrimonial”¹⁰⁵³ y “económico”¹⁰⁵⁴ se utilizan en alusión a la misma naturaleza, es decir, a bienes o derechos cuantificables en términos monetarios; por ello, en un primer momento no se entiende cuál es la diferencia entre unas y otras. Su discriminación se hace posible atendiendo a que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia considera como lo primero, todo acto u omisión que afecta la supervivencia de la mujer¹⁰⁵⁵; en tanto que con lo segundo se alude a toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de quien la padece¹⁰⁵⁶.

Así, la violencia patrimonial constituiría un menoscabo a las posibilidades de atender las necesidades básicas de la víctima¹⁰⁵⁷; en tanto que la violencia económica se erige en amenazas a la viabilidad o independencia, concretamente financieras, de aquélla¹⁰⁵⁸.

No obstante, si bien esta forma de interpretación es aceptable en el ámbito de una formulación legal relativa a la violencia de género, extenderla al tipo de violencia familiar presenta serias dudas. La primera, porque la ley general mencionada precisa sus coordenadas de validez material; en otras palabras, sus

¹⁰⁵² En lo que interesa, el precepto contiene el siguiente enunciado legal: *Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente, a alguna persona (...).*

¹⁰⁵³ Del latín *patrimonialis*, relativo al *patrimonium*, hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes, Voces: “Patrimonial” y “Patrimonio”, en ALONSO, Martín, *Enciclopedia...*, Tomo III (N-Z), p. 3177.

¹⁰⁵⁴ El vocablo proviene del latín *oeconomicus*, del griego *oikonomikós* y este de las expresiones *oikos*, casa y *nemeoo*, distribuir; con el que se designa lo concerniente o relativo a la administración recta y prudente de los bienes, Voces: “Económico”, “Ecónomo” y “Economía”, en ALONSO, Martín, *Enciclopedia...*, Tomo II (D-M), p. 1619.

¹⁰⁵⁵ Artículo 6, fracción III.

¹⁰⁵⁶ Artículo 6, fracción IV.

¹⁰⁵⁷ Como la alimentación, vivienda, vestido y demás, según se advierte de las formas en que se manifiesta, según la mencionada ley: “[...] la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima”.

¹⁰⁵⁸ Habida cuenta que se les caracteriza como: “[...] limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral”.

prescripciones se dirigen a prevenir y sancionar una sola clase de violencia: la que se dirige a las mujeres por el hecho de serlo¹⁰⁵⁹, luego, aquella que se produce entre integrantes de un núcleo familiar por causas diversas, a pesar de que la víctima integre el colectivo femenino de la humanidad, queda fuera de su ámbito de protección.

La segunda, porque de manera expresa el precepto no remite a la ley general para efectos de interpretación, de manera que acudir a tal ordenamiento para dar contenido al tipo penal es contrario al mandato de exacta aplicación de la ley¹⁰⁶⁰; con mayor razón si se advierte que es en la propia ley general donde se prevé que los miembros de la federación consideren incluir en sus cuerpos normativos la caracterización que en ella se hace de la violencia familiar¹⁰⁶¹ como uno de los elementos del tipo de violencia familiar¹⁰⁶².

La tercera, porque con la construcción que se hiciera según la definición ofrecida, se da cobertura sólo a una expresión, tanto de la violencia contra las mujeres, como de la violencia en el seno familiar, pero de ninguna manera de ambas, pues en cualquier caso la víctima es necesariamente una persona del sexo femenino, mientras que el agresor puede pertenecer a uno u otro sexo, como también tener una motivación distinta al ejercicio abusivo del poder.

Se tiene por lo anterior que las conductas prohibidas en el ordenamiento michoacano incluyen los actos acometimiento físico o psicológico, independientemente de que produzcan o no afectación a la salud de la víctima; las omisiones expresamente descritas en la ley, o aquellas cuyo desvalor de injusto es equiparable a acciones, a pesar de que no se encuentren tipificadas;

¹⁰⁵⁹ Según se establece en su artículo 1.

¹⁰⁶⁰ Contenido en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución federal mexicana, donde se ordena: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

¹⁰⁶¹ Como artículo 7 en el Título II, denominado *Modalidades de la violencia*: “(...) acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo Agresor (sic) tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho.”, mientras que en la fracción VII de su numeral 5 se define al agresor como la persona que inflige cualquier clase de violencia contra una o más mujeres.

¹⁰⁶² En su artículo 9 se decreta que “Con el objeto de contribuir a la erradicación de la violencia contra las mujeres dentro de la familia, los Poderes Legislativos, Federal y Locales, en el respectivo ámbito de sus competencias, considerarán: I. Tipificar el delito de violencia familiar, que incluya como elementos del tipo los contenidos en la definición prevista en el artículo 7 de esta ley; [...]”.

así como aquellas que suponen una afectación a la víctima en el aspecto patrimonial.

Por otro lado, en el código penal español aparece un primer supuesto de conductas constitutivas de lesiones leves en el artículo 153.2: el causar, por cualquier medio o procedimiento, una afectación a la salud física o mental de la víctima.

El uso del término “causar” también introduce problemas de vaguedad al enunciado, habida cuenta que su significado comprende una relación naturalística (la causalidad en sentido propio) y también normativa (cuando una omisión merece el mismo juicio de desvalor que una acción, según la ley), lo que no deja claro el ámbito preciso de aplicabilidad del concepto; no obstante, es posible solventarlos a través del artículo 11 del código penal español, el cual contiene reglas para delimitar los casos en que la omisión se equipara a la acción. En él, se precisa que la no evitación del resultado con infracción de un deber jurídico especial del autor, equivale a su causación, si ello es conforme al sentido del texto de la ley.

En este punto, cabe recordar: una de las cuestiones que originalmente impulsaron a desarrollar la dogmática de los delitos de omisión impropia¹⁰⁶³, fue determinar qué omisiones punibles se traducían en el mismo contenido de injusto que los delitos cometidos mediante acción¹⁰⁶⁴; sin embargo, es indudable que no puede racionalmente sostenerse una relación causal ontológica entre la omisión y el resultado penalmente relevante¹⁰⁶⁵.

La solución pasa entonces por reconocer que dentro del tipo objetivo de omisión, la situación típica se construye a partir de un tipo de acción en el que se produce un resultado separado espacio-temporalmente de la conducta; mas ello no basta, además, se requiere de la vinculación entre el autor y el bien jurídico: la posición de garante, es decir, la situación en la cual el sujeto está

¹⁰⁶³ También llamada comisión por omisión, se basa en parangonar a los delitos de mera actividad los de omisión pura, mientras que los delitos de comisión por omisión serían el correlato de aquellos conocidos como de resultado material, así como en la distinción de las normas vulneradas con ellos: prohibitivas en el caso de los delitos de acción, preceptivas en los de omisión, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, pp. 312-313 respectivamente; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 251; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 362.

¹⁰⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios...*, 2003, p. 256; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 366.

¹⁰⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 364 ss. En sentido opuesto, Francisco Muñoz Conde sostiene una vinculación causal entre omisión y resultado en el mismo y otro, *Derecho...*, p. 254.

obligado legalmente a velar por la indemnidad del bien jurídico, o bien, por controlar una fuente de peligro, bajo ciertas circunstancias¹⁰⁶⁶; que el sujeto no realiza la conducta legalmente exigible, o sea, no impide el resultado material descrito; y que era capaz de realizarla, en otras palabras, que le era posible impedir dicho resultado¹⁰⁶⁷.

Las funciones de protección de un bien jurídico específico o la de control de una fuente de peligro¹⁰⁶⁸ tienen como base la previa creación o aumento del riesgo por el autor y que ese riesgo configure una situación de dependencia del bien jurídico, respecto de él mismo. La creación o incremento del riesgo atribuible personalmente al autor es la base para responsabilizarlo de que la amenaza no se actualice, mientras que la dependencia personal del bien jurídico significa que el límite de su responsabilidad está dado porque efectivamente tenga el control sobre su indemnidad¹⁰⁶⁹.

El origen de la función de protección de un bien jurídico se encuentra en relaciones familiares o sociales estrechas en las que concurre una dependencia personal asumida por el autor, la actuación voluntaria en una comunidad de riesgo, o la asunción voluntaria de la función de protección¹⁰⁷⁰. Base de la función de control de una fuente de peligro son el actuar precedente con inobservancia del deber de cuidado, el deber surgido por fuentes de peligro en el propio ámbito de dominio del autor, o la responsabilidad de vigilar la conducta de otras personas¹⁰⁷¹.

Precisamente la posición de garante, pero sobre todo su origen, hacen posible determinar cuál es la conducta que el Derecho espera del autor, pero que no realiza, a lo que debe sumarse, en el caso del delito de comisión por omisión, la existencia del resultado contemplado en el tipo de acción al cual se

¹⁰⁶⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 317; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 258; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 367.

¹⁰⁶⁷ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, op. cit., p. 126.

¹⁰⁶⁸ Conocida como la “Teoría de las funciones”, por la cual se abandona la “Teoría formal del deber jurídico” y aceptada ampliamente en Alemania, se debe a KAUFMANN, Armin y MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 318. Con detalle el planteamiento de la “Teoría de las funciones”, en KAUFMANN, Armin, *Dogmática...*, op. cit., pp. 289-290.

¹⁰⁶⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 319.

¹⁰⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., pp. 321-322; coincide MUÑOZ CONDE, en el mismo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 262.

¹⁰⁷¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., pp. 323-328; Francisco Muñoz Conde se refiere únicamente al actuar precedente, en el mismo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 262; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 372, considera sólo a la ley y al actuar precedente.

equipara. Por último, como tercer elemento del tipo objetivo de comisión por omisión se considera la capacidad del autor para llevar a cabo la conducta que impediría el resultado típico.

Entonces, cuando en el artículo 153.2 se alude a cualquier medio o procedimiento por el cual se “cause” afectación a la salud física o mental, tanto supuestos de no evitación del resultado típico, como aquellos en los que la afectación a la salud preexiste pero se agrava o simplemente se mantiene debido a que no se provee el tratamiento correspondiente, son abarcados en la intensión del concepto, siempre y cuando el omitente tenga asignada la función de protección del bien jurídico¹⁰⁷².

El segundo supuesto de lesiones leves previsto como golpear o maltratar de obra sin causar lesión se traduce igualmente en la agresión física contra la víctima. Se trata de un supuesto específico por el medio utilizado: el acometimiento ha de ser material aunque sin provocar menoscabo a la salud, con el que también se deja fuera el aspecto emocional bajo la forma de maltrato verbal.

Caso aparte del menoscabo físico o psicológico, es el de las amenazas que se hacen a la víctima en el marco de una relación familiar o su equiparada; en este sentido, el artículo 171.5 contempla amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos a cualquiera de las personas señaladas como víctimas potenciales.

Un primer problema interpretativo se refiere a lo que debe entenderse por amenazar de modo leve: proferir amenazas sobre males que no constituyen delito, para guardar congruencia con lo previsto en el primer apartado y en relación al artículo 169, lo que a su vez se traduciría en amenazas que integran falta¹⁰⁷³; o bien, toda conminación incluyendo aquellas sin significación penal objetiva¹⁰⁷⁴.

El segundo problema de interpretación deriva de la alusión a que la amenaza se realice utilizando armas u objetos peligrosos. Dos baremos han sido desarrollados por la jurisprudencia para extraer el significado del término

¹⁰⁷² TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 922. Como lo impone la ley civil, de tal suerte que la posición de garante se fundamenta en la relación familiar por la cual existe una dependencia personal del bien jurídico respecto del autor.

¹⁰⁷³ Como sostiene SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1177.

¹⁰⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en el mismo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 1044.

utilizado también en el tipo de lesiones agravadas: una valoración objetiva atendiendo a la naturaleza, forma y composición del instrumento; así como una estimación subjetiva, formulada tomando en consideración la intensidad, dirección e intencionalidad que el autor da a los golpes propinados a su víctima¹⁰⁷⁵.

La amenaza entonces, no ha de ser sólo de palabra: ello significa que necesariamente los objetos son blandidos por el autor, son parte de un ademán con el que la conminación, aun sin proferir palabra, es objetivamente clara habida cuenta de que el objeto, desde el prisma objetivo, incrementa el riesgo para la integridad personal de la víctima si es utilizado.

Por ello no se entiende cómo puede estimarse una amenaza leve aquella que se profiere utilizando armas u objetos peligrosos: tanto desde el punto de vista objetivo, como desde el subjetivo, la entidad de la conminación es mayor si involucra objetos de tal naturaleza. Por un lado, ya que el mal anunciado consistiría, al menos, en realizar el delito de lesiones¹⁰⁷⁶, lo que a su vez echa por tierra el argumento de que la amenaza es leve porque la advertencia se refiere a algo que constituye sólo falta¹⁰⁷⁷; y por otro lado, debido a que implica su uso contra la víctima, haciéndola más eficaz en el plano intimidatorio. Surge entonces, una contradicción interna ya que la amenaza no puede ser al mismo tiempo leve y de mayor entidad objetiva-subjetiva.

No puede perderse de vista que el delito de amenazas se califica como circunstancial, es decir, que para apreciarlo exige tomar en consideración las expresiones utilizadas, las acciones ejecutadas, el contexto en que ello ocurre y las condiciones de los sujetos¹⁰⁷⁸.

Finalmente, la hipótesis de violencia doméstica se contempla en el artículo 173.2 como maltrato habitual, el cual puede adoptar la forma de acometimiento físico sobre el cuerpo de la víctima o agresiones que generan efectos nocivos en su psique. Ningún problema presenta el primer caso; sin embargo, ha de admitirse que el ejercicio de violencia física sobre un miembro de la familia, podría constituir al mismo tiempo violencia psicológica sobre otro:

¹⁰⁷⁵ SÁNCHEZ MELGAR, Julián [coord.], *Código...*, p. 1026, citando las SSTS 1327/2003 de 13 de octubre y 155/2005 de 15 de febrero; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 119.

¹⁰⁷⁶ Como precisa QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 173.

¹⁰⁷⁷ Interpretación defendida por SÁNCHEZ MELGAR, *vid.*, *supra*, nota 322.

¹⁰⁷⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 142.

el ejemplo paradigmático sería el de la mujer frecuentemente maltratada por su pareja, frente a su hijo menor de edad. Igualmente, la violencia psicológica habitual contra un miembro del núcleo de convivencia del autor, podría tener como víctima “colateral” a persona distinta, al someterla a un ambiente de temor, vejación y envilecimiento¹⁰⁷⁹.

La nota distintiva respecto a las lesiones leves consiste en exigir violencia física o moral. La diferencia de estos últimos conceptos en relación a las lesiones leves descritas en el artículo 153.2, ya significaran menoscabo físico o psicológico, consiste en que las primeras abarcan a las segundas y por lo tanto son independientes de ellas¹⁰⁸⁰.

Desde luego, la cláusula concursal inserta en la parte final del segundo apartado no deja dudas respecto a que el bien jurídico y el contenido de injusto son diversos en los tipos de violencia doméstica y las lesiones concretas que se hubieran causado, pues el desvalor de la conducta y de su resultado es justamente atendido por el legislador al precisar que los actos en que se hubiere concretado la violencia serán castigados con autonomía de esta¹⁰⁸¹. Con mayor razón si se atiende a su reacomodo en Título distinto al de las lesiones por virtud de la Ley Orgánica 11/2003 a efecto de dotarle de una mejor sistemática.

Corroborar lo anterior la precisión inserta en el tercer apartado acerca de la forma de apreciar una característica fundamental de la violencia para que se actualice la hipótesis del artículo 173.2: su habitualidad, pues con el adverbio “habitualmente” se denota lo que se hace de manera continua o por hábito¹⁰⁸².

En cuanto a la habitualidad, las opiniones se dividen: algunos sostienen que en el apartado 3 del citado numeral queda definida normativamente, abonando a la seguridad jurídica, de manera que han de tomarse en cuenta el número de actos violentos y su proximidad temporal; de lo anterior se sigue que han de existir pluralidad de actos; su ocurrencia en un lapso relativamente breve de tiempo; la intrascendencia de que se ejerza sobre la misma o diferente víctima, siempre que sea de las mencionadas en el segundo apartado; y por

¹⁰⁷⁹ Como plantea GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (directora), *Estudios...*, p. 33.

¹⁰⁸⁰ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1197.

¹⁰⁸¹ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1208, citando las SSTs 701/2003 de 16 de mayo y 725/2007 de 13 de septiembre; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 151.

¹⁰⁸² Voz: “Habitual”, en ALONSO, Martín, *Enciclopedia...*, Tomo II (D-M), p. 2216.

último, sin importar que dichos actos hubieran sido objeto de enjuiciamiento o no¹⁰⁸³. Pero otros consideran que este párrafo no es una definición sino un dato fáctico que debe concurrir para integrar el tipo penal y los criterios objetivos para sostener tal cosa¹⁰⁸⁴.

Se trata entonces, más que de una cuestión relativa al número de actos: generalmente se alude a tres, siguiendo el parámetro establecido para la suspensión y sustitución de penas, de constatar la creación de un estado permanente de agresión contra las víctimas en el núcleo familiar¹⁰⁸⁵; con lo que la violencia en realidad constituye maltrato¹⁰⁸⁶. Precisamente por todo lo anterior se entiende que a pesar de que los hechos concretos de violencia hubieran prescrito o ya existiera condena respecto de ellos, igualmente integran la habitualidad, en tanto que los antecedentes por los que se ha absuelto, no pueden computarse¹⁰⁸⁷.

En contraste, interpretar que el fundamento del desvalor y justificación de su autonomía respecto de las lesiones parte de que los actos violentos son expresión de que el sujeto tiene una inclinación o tendencia a cometerlos, no es sino partir de un derecho penal de autor, incompatible con un Estado democrático de Derecho¹⁰⁸⁸.

Superado el problema de qué se entiende y cómo se satisface la exigencia de habitualidad, resta ahora solventar lo relativo a la forma de probar los actos de violencia, toda vez que la sola denuncia no es bastante para acreditar la existencia del hecho; la certificación de lesiones permite corroborar la producción de lesiones, mas no arroja luz sobre quién las causó; y por último,

¹⁰⁸³ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, op. cit., pp. 1209-1210, en referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo 414/2003 de 24 de marzo y 907/2002 de 16 de mayo; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual...*, op. cit., p. 151; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, op. cit., p. 144; y TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios...*, op. cit., p. 1079.

¹⁰⁸⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "Algunas consideraciones...", en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, (dir.), *Estudios...*, op. cit., p. 183; LAURENZO COPELLO, Patricia, *La Violencia...*, op. cit., p. 08:7.

¹⁰⁸⁵ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, op. cit., p. 1210, citando la Sentencia del Tribunal Supremo 1208/2000 de 7 de julio; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, op. cit., p. 145.

¹⁰⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, op. cit., p. 144.

¹⁰⁸⁷ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, op. cit., p. 1211; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, op. cit., p. 145.

¹⁰⁸⁸ Interpretación subjetiva defendida por GRACIA MARTÍN y GONZÁLEZ RUS, citados por NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "Algunas Consideraciones...", en CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios...*, op. cit., p. 184.

es posible que se realicen acometimientos físicos y violencia moral pero que no obstante, se carezca de resultados acreditables médicamente¹⁰⁸⁹.

Por otro lado, a la violencia física o psicológica ejercida sobre cualquiera de las personas apuntadas en el segundo párrafo del artículo 173, se exige que exista convivencia entre el autor y su víctima; de otra forma, el grupo de potenciales sujetos pasivos desborda el marco que el legislador pretende dar a la regulación: el núcleo familiar o doméstico¹⁰⁹⁰.

Sobre este punto, la previsión relativa a que la conducta típica se lleve a cabo dentro o fuera del domicilio familiar, contenida en el artículo 224 bis, primer párrafo *in fine*, del ordenamiento penal michoacano, sólo cobra sentido si se la interpreta en el sentido de lugar común donde habitan el autor y su víctima, aunque limitado a los casos en que existe un vínculo familiar, de pareja o familiar de hecho; de otra forma, es decir, disuelto el matrimonio, concubinato o la relación de pareja, dónde ocurra el hecho es sin duda irrelevante para el bien jurídico y por lo tanto, para el desvalor de injusto.

4.2.2.2.3. El Bien Jurídico Tutelado.

En el caso del tipo penal contemplado en el artículo 173.2 del Código Penal Español, se advierte que se encuentra ubicado en el capítulo denominado de las torturas y otros delitos contra la integridad moral; sin embargo, el maltrato habitual en el seno de la familia se extiende más allá de la integridad personal o moral de las personas, al atacar directamente su dignidad e impedir el libre desarrollo de la personalidad, valores que constitucionalmente están protegidos.

Por ende, en este caso, el bien jurídico protegido es también la paz familiar, porque la intención del legislador fue sancionar aquellos actos que exteriorizan una actitud tendiente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación –acorde a los motivos de exposición de la ley orgánica 1/2004-, porque en efecto nada define mejor el

¹⁰⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 149.

¹⁰⁹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 144; estima que la convivencia se exige sólo para ascendientes, incapaces o hijos no sometidos a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del autor o su pareja, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 1078.

maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otros miembros de su familia o respecto de aquellas personas con que convive.

La connotación de violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto a los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, se reitera que el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad física o psíquica porque esa constancia vulnera derechos fundamentales como la dignidad, aunado a que, tiende a destruir a la familia que constituye el núcleo de la sociedad.

Acorde con la sentencia del Supremo Tribunal español 20/2001, del 22 de enero de esa anualidad, el bien jurídico protegido en el caso del tipo penal de violencia familiar o doméstica previsto en el artículo 173.2 del ordenamiento punitivo en mención, no es propiamente la integridad física de los agredidos, pues si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por la mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*.

Por ende, puede identificarse como tal, la pacífica convivencia familiar; de ahí que no se trate de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática; habiéndose destacado además en esa resolución, que dicha norma penal fue creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, cierto abuso de superioridad.

De igual modo, cabe señalar lo expresado en la sentencia 77/2010, de 19 de octubre de 2010, del Tribunal Constitucional, que a la letra indica:

“...El rasgo definitorio del delito tipificado en el artículo 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal —tal como establece el artículo 173.3 CP—, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo. En este sentido, cabe afirmar ya que la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino —tal

como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia— la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación.

De lo anterior se colige que el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar. En este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concorra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto...”.

4.2.2.3. El Artículo 224 Bis del Código Penal del Estado de Michoacán.

Se ha descrito con anterioridad cuál es la descripción típica de la figura de que se prevé en tal enunciado jurídico, pudiendo colegirse de ello que el mismo alude a dos hipótesis:

La primera de ellas, se encuentra contenida en el primer párrafo del mencionado artículo 224 bis del Código Penal, cuyos elementos constitutivos son los siguientes:

- I) Que el activo realice conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económica a otra persona;
- II) Que entre el sujeto activo y el pasivo exista alguno de los siguientes vínculos: (1) matrimonio; (2) parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; (c) concubinato; (d) relación de pareja o familiar de hecho; y,

III) Que la conducta se efectúe dentro o fuera del domicilio común.

Detallemos cada uno de ellos:

Primera hipótesis: a) La realización de conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona.

Este supuesto puede ser definido como cualquier acto u omisión que produzca un menoscabo en el pasivo, en cualquiera de las esferas de personalidad del pasivo descritas en el ordenamiento.

Así, la violencia física resulta ser cualquier acto que inflija un daño no accidental, usando la fuerza física, que pueda provocar o no lesiones, ya sean internas, externas, o ambas.

Por su parte, la violencia psicológica consiste en cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, desamor, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima, etcétera.

La violencia patrimonial radica en cualquier acto u omisión que afecte la supervivencia de la víctima; manifestándose en la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima.

Finalmente, la violencia económica consiste en toda acción u omisión del activo que afecte la supervivencia económica de la víctima; manifestándose a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas.

Primera hipótesis: b) Que entre el activo y el pasivo exista alguno de los vínculos establecidos en el propio precepto.

La descripción típica de violencia familiar en el ordenamiento michoacano es desafortunada al referirse a los sujetos, tanto activo como pasivo. Respecto de este último, en una redacción desordenada¹⁰⁹¹ se refiere al cónyuge, pareja o pariente, ya sea que el vínculo con el autor sea actual o pasado¹⁰⁹².

De esta forma, se advierte que el enunciado contempla dos hipótesis básicas: la primera, que el autor se encuentre vinculado con la víctima por alguna de las causas citadas; y la segunda, que el vínculo entre ellos se haya disuelto.

En cuanto a la primera, el radio de cobertura de posibles sujetos pasivos es demasiado amplio si se toma en cuenta que el bien jurídico sería la armónica convivencia familiar, pues no se contempla un criterio objetivo delimitador como sucede, en el caso del tipo de violencia doméstica del ordenamiento español, en el que se exigía la convivencia entre autor y víctima. Si únicamente se contempla la existencia del vínculo entre ambos, la conducta sería típica a pesar de que los involucrados rara vez interactuaran o de que el parentesco fuera lejano¹⁰⁹³.

Por lo que toca a la segunda, la finalidad de contemplar hipótesis genéricas que den cabida a la mayor cantidad de supuestos fácticos es llevada al extremo con resultados incoherentes: por un lado, de la formulación normativa no se advierte un parámetro objetivo encaminado a precisar hasta cuánto tiempo es posible remontarse en el pasado a efecto de considerar que la víctima tuvo un vínculo con el autor, lo que abre la puerta a interpretaciones literales por las que una relación de noviazgo en los primeros años del agente, permitiría aplicar el tipo a conductas realizadas décadas después de que la relación dejara de existir.

¹⁰⁹¹ El enunciado legal se refiere a “alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco, (sic) por consanguinidad, afinidad, civil, concubinato, relación de pareja o familiar de hecho”; de manera que aparentemente el legislador contempla ocho clases de vínculos: 1) matrimonio, 2) parentesco, 3) consanguinidad, 4) afinidad, 5) civil, 6) concubinato, 7) relación de pareja, y 8) relación familiar de hecho, ya que separa a cada uno con comas. No obstante, la doctrina civil precisa que los números 3, 4 y 5 son formas de parentesco, no conceptos distintos a él, con lo que siguiendo las reglas de la sintaxis, la separación indiscriminada de conceptos con comas es incorrecta. Luego, se trata de cinco nexos: a) matrimonio, b) parentesco, c) concubinato, d) relación de pareja y e) relación familiar de hecho; mientras que los identificados como a, c, d y e son hipótesis de unión en pareja, mientras que b no, por lo que debieran agruparse las semejantes y dejar la última aparte con sus especies, lo que daría claridad al texto.

¹⁰⁹² Se menciona como *la persona con la que se encuentre o haya estado unido por vínculo de parentesco, ya fuera por consanguinidad, afinidad o civil*.

¹⁰⁹³ Se alude a estar vinculado por consanguinidad, afinidad o parentesco civil, pero no se precisa un límite en su grado; con ello, pareciera que se parte de un concepto de familia extenso.

Por otro lado, el vínculo de matrimonio y el concubinato, el parentesco por afinidad y el civil bajo ciertos supuestos podrían terminar jurídicamente; empero, el de consanguinidad, sea generacional o colateral únicamente se extingue con la muerte o por la adopción plena, de manera que no se ve cómo estas hipótesis se relacionen con el orden familiar o como casos de violencia familiar, al no existir precisamente el vínculo que determina a cierto grupo como familia.

A diferencia de ello, en el ordenamiento español, el grupo de sujetos pasivos potenciales de los delitos en el ámbito doméstico es una constante a través de la remisión en cada tipo, a lo previsto en el numeral 173.2. Tanto en los tipos de lesiones y amenazas leves como en el de violencia doméstica, los sujetos sólo pueden ser quienes satisfagan la exigencia de estar o haber estado vinculados entre sí, cualidad que por la farragosa redacción de diversos supuestos encaminados a ampliar el círculo de sujetos pasivos potenciales –por alguno llamada “de aluvión”¹⁰⁹⁴–, es preciso desglosar para traducirla en términos sencillos.

Como se ha señalado, los artículos 153.2 y 171.5 del Código Penal español remiten al 173.2 para determinar el radio de cobertura del tipo penal; no obstante, el legislador mezcla enunciados coordinados y subordinados separándolos por comas o por disyunciones pero sin una estructura que permita establecer fácilmente la jerarquía y relaciones entre ellos.

Primera Hipótesis: c) que la conducta se efectúe dentro o fuera del domicilio común.

Finalmente, el delito puede configurarse con independencia de que se cometa dentro o fuera del domicilio común. A este respecto, es conveniente referir que para que la conducta de violencia familiar resulte sancionable, no es necesario que la misma se despliegue en el lugar en el que se desarrolle la convivencia, o sea, el domicilio en el que habiten los sujetos del delito, procurándose con ello un mayor espectro de protección a las víctimas.

Ahora bien, del mismo precepto se desprende la existencia de una segunda hipótesis, integrada por los siguientes supuestos:

¹⁰⁹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 143.

- I) Que el activo realice conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económica a otra persona;
- II) Que entre el sujeto pasivo se encuentre sujeto a la guarda, protección, educación, instrucción o cuidado del activo.

Detallemos éstos:

Segunda Hipótesis: a) que el activo realice conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona.

En cuanto a la naturaleza y significado de las conductas, conviene remitirnos a lo señalado en torno a la hipótesis anterior; ya que resultan análogas.

Segunda Hipótesis: b) que el activo realice conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona.

El segundo de los elementos que constituye a ésta, implica la inexistencia de vínculo de parentesco entre el activo y el pasivo; pero la existencia de una relación diversa, mediante la cual, el primero se encuentre obligado a proteger, cuidar, velar, educar, o instruir al segundo.

4.2.2.3.1. Elemento Subjetivo del Tipo.

El tipo subjetivo de los tipos penales en análisis, lo que esencialmente admite es el dolo, pues debe existir la intencionalidad del activo de cometer la conducta señalada como antijurídica, tal como se analiza en los siguientes párrafos.

En primer lugar, conviene recordar que los sistemas de incriminación que los ordenamientos penales adoptan, respecto de la parte subjetiva de los tipos, son dos: de incriminación abierta, llamado *numerus apertus* y de incriminación cerrada, conocido como *numerus clausus*. El primero se distingue por prever en la Parte General como formas de imputación subjetiva de los tipos contenidos en la Parte Especial, su comisión dolosa o imprudente; por consiguiente, corresponde al intérprete establecer en cada caso, siguiendo la descripción típica, si ello es posible o no. El segundo, por el contrario, contempla como regla castigar la comisión de delitos dolosos y sólo excepcionalmente, cuando de

manera explícita lo precise la ley, hacerlo también respecto de los delitos imprudentes¹⁰⁹⁵.

El sistema de *numerus clausus* se considera entonces preferible al ser congruente con los principios de *ultima ratio* y de seguridad jurídica. Lo primero porque de todas las conductas imprudentes, se eligen aquellas cuyo desvalor es más grave; lo segundo, porque permite saber al ciudadano, con toda claridad y anticipación, qué conductas contrarias al cuidado objetivo se estiman penalmente relevantes¹⁰⁹⁶.

El código penal michoacano adopta el sistema de *numerus apertus*: al precisar cuándo se está en presencia de un delito imprudente¹⁰⁹⁷ se alude a actuar previendo el resultado típico confiando en que no se producirá; a actuar sin prever tal resultado, no obstante que sí era previsible; y a actuar provocando el resultado debido a impericia o ineptitud¹⁰⁹⁸.

El primer supuesto es lo que se conoce como imprudencia consciente¹⁰⁹⁹; al segundo se denomina imprudencia inconsciente¹¹⁰⁰; y el tercero consiste en la falta de conocimientos o de capacidad técnica a los que obliga la ciencia o arte del autor en cuanto profesional¹¹⁰¹.

Respecto a la aplicación de sanciones, se contempla un marco genérico de la pena privativa de libertad para esta clase de delitos; un marco diferenciado en caso de homicidio y lesiones derivados de la conducción de vehículos de motor terrestres, aunque condicionado a que el sujeto no actúe ebrio o bajo los efectos de sustancias enervantes, psicotrópicas o similares; impunidad en caso

¹⁰⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 286; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 522; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 345; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 309; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 79, alude a tres sistemas: el hispano, francogermánico e italo-suizo, a los que clasifica como genérico, cerrado y mixto, respectivamente.

¹⁰⁹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 286; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 524, precisa que es mayoritario en el Derecho comparado; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 345.

¹⁰⁹⁷ Al que se denomina en todo el ordenamiento “culposo”, siguiendo la más rancia tradición civilista del Derecho romano.

¹⁰⁹⁸ Según el último párrafo de su artículo 7°.

¹⁰⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 287; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 514; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 352; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 170; ROXIN, Claus, *Derecho...*, p. 1018.

¹¹⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 287; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 514; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 354; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 170.

¹¹⁰¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho...*, p. 545; ALTAVILLA, Enrico, *La Culpa*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999, p. 7; TERRAGNI, Marco A., *El Delito Culposo*, Rubinzal-Culzini, reimpresión, Buenos Aires, 2004, p. 71.

de lesiones temporales o daño en las cosas sobre objetos distintos a edificios públicos con valor histórico o arquitectónico, a condición de reparar el daño, no haber abandonado a la víctima ni actuar bajo los efectos de las referidas sustancias; sanción únicamente pecuniaria en caso de daños de poca cuantía o producto de la conducción de vehículos de motor terrestres¹¹⁰²; un marco agravado¹¹⁰³ que aparentemente responde a una condición objetiva de punibilidad pero también adopta las características de un delito cualificado por el número de víctimas; y por último, impunidad en caso de lesiones u homicidio derivados de la conducción de vehículos de motor terrestres basada en circunstancias personales del autor¹¹⁰⁴.

Pero estas cláusulas generales, por un lado, no establecen un delito imprudente autónomo, lo que se denomina *crimen culpaee*, habida cuenta de que se disponen penas distintas según se trate de uno u otro tipo, pero también es posible el concurso ideal, algo inadmisiblesi se tratara de un tipo genérico cuyo resultado serían los distintos ilícitos; además, para sostener la existencia de un delito imprudente, debe actualizarse la parte objetiva del correspondiente tipo doloso, con lo que en realidad se trata de diversas descripciones, lo que se identifica como *crimina culposa*¹¹⁰⁵.

El tipo de violencia familiar exige al autor realizar conductas de agresión en el plano físico, psicológico o patrimonial, de manera que en la parte subjetiva sólo admite como elemento genérico, el dolo; la imprudencia queda descartada toda vez que el concepto “agresión” lleva una carga negativa consistente en que se ataca a otro, es decir, se trata de un comportamiento ofensivo en dos sentidos: primero, supone arremeter injustamente contra alguien y segundo, se busca dañar¹¹⁰⁶.

En el delito imprudente el sujeto quiere realizar la conducta pero no persigue el resultado típico, mismo que se actualiza por la inobservancia del cuidado objetivo; más cuando se agrede, ocurre precisamente lo opuesto: la

¹¹⁰² De tres días a cinco años de prisión, conforme al artículo 56.

¹¹⁰³ Véase artículo 57.

¹¹⁰⁴ Consistentes en estar vinculado con la víctima y en no realizar la conducta ebrio o bajo los efectos de sustancias enervantes, psicotrópicas o similares, según el artículo 59.

¹¹⁰⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 286; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 524; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 345; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, pág 167; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho...*, pp. 18-21; TERRAGNI, Marco A., *El Delito...*, p. 34.

¹¹⁰⁶ Véase *supra* 3.4.2.1.2.

lesión del bien jurídico es algo con lo que el autor cuenta y toda vez que mantiene su actuar, se infiere que la acepta, lo que constituye, al menos, dolo eventual.

En efecto, existe acuerdo en la doctrina respecto de las tres clases de dolo: el dolo directo de primer grado, consistente en que el autor persigue la realización del delito; el dolo directo de segundo grado, cuando el autor no busca llevar a cabo el tipo, pero tiene como seguro o casi seguro que su conducta lo producirá; y el dolo eventual, en el que tampoco se busca realizar el tipo, pero el resultado aparece como posible¹¹⁰⁷.

En cambio, la legislación penal hispana vigente se decanta por el sistema de *numerus clausus*. En este sentido, se dispone que las acciones u omisiones imprudentes únicamente serán castigadas cuando expresamente se contemple en la ley¹¹⁰⁸, y a pesar de que no se cuenta con un catálogo de los tipos que admiten esta forma de comisión¹¹⁰⁹, al revisar los Títulos donde se ubican los tipos de maltrato familiar, amenazas leves y violencia doméstica, aparece una sola figura de delito imprudente: las lesiones simples y que deriven en mutilación o inutilidad de un órgano, o enfermedad grave¹¹¹⁰, con lo que *a contrario*, aquellos resultan por disposición legal, tipos necesariamente dolosos.

Más aún, si bien nada obsta para que el tipo de lesiones leves en su primer supuesto, descrito como causar una lesión no constitutiva de delito sea realizado por imprudencia, en el segundo, previsto bajo la forma de golpear o maltratar de obra, sin dudas es únicamente doloso. Lo mismo puede predicarse respecto a los de amenazas leves y violencia doméstica, ya que no es posible imaginar que alguien amenace con armas o instrumentos peligrosos o ejerza violencia física o psicológica, por no observar el deber objetivo de cuidado¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 265; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 413, 415 y 418; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, pp. 332-333; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 170; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 287; ROXIN, Claus, *Derecho...*, p. 1018.

¹¹⁰⁸ *Vid.* artículo 12 del Código Penal.

¹¹⁰⁹ Como ocurre en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 76, último párrafo.

¹¹¹⁰ Contempladas en el artículo 152.

¹¹¹¹ Estima dogmática y legalmente doloso en esencia el tipo de amenazas, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 137; se está frente a conductas dolosas en el caso de la violencia doméstica según ACALE SÁNCHEZ, citado por FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 332, con detalle en su nota 156.

Establecido el carácter doloso de los tipos que en este trabajo se analizan, toca precisar los aspectos del tipo objetivo que este elemento subjetivo abarca.

La materia de prohibición en el tipo de violencia familiar es realizar conductas agresivas en el plano físico, psicológico o patrimonial contra determinado grupo de personas; por consiguiente, el sujeto ha de saber que realiza actos injustos contra la víctima en cualquiera de los tres aspectos mencionados, pero también que la persona a quien se dirigen es una de las que se contemplan en el tipo penal.

La construcción del tipo de lesiones leves lleva a sostener que el dolo se refiere al empleo de cierto medio o procedimiento, pero también a que con ello se ocasionará menoscabo físico o psíquico¹¹¹², en el primer supuesto. En el segundo, más claro, el autor sabe que golpea o maltrata de obra, pero también que con ello se producirá un daño a la víctima, quedando excluido únicamente el concreto resultado que de ello derivara¹¹¹³.

En las amenazas leves, el dolo contempla la invocación de un mal hecha a una persona ya sea de manera verbal, expresamente, o bien por el sólo ademán; así como el utilizar para ello un arma o un objeto peligroso.

En el delito de violencia doméstica habitual, el autor debe saber que ataca en el plano físico o psicológico a la víctima, pero el resultado concreto de su conducta, como la gravedad o clase de lesiones en el sujeto pasivo quedarían fuera del dolo, al tratarse de un ilícito de mera actividad.

Finalmente, tanto en los tipos de lesiones y amenazas leves, como en el de violencia doméstica, el autor ha de saber que la persona a quien dirige su conducta tiene la cualidad de ser su cónyuge o su pareja; que anteriormente los unió tal vínculo; que es su pariente; que se trata de un menor; que es un incapaz; o bien, que se encuentra integrada a su entorno familiar inmediato.

¹¹¹² La doctrina mayoritaria sostiene que el dolo ha de abarcar el resultado, ya que este último es parte del tipo de injusto, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 411; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 328; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 46; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 284; ROXIN, Claus, *Derecho...*, p. 419. En contra, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 262, limita el dolo a la conducta.

¹¹¹³ Así, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 109, sostiene que el dolo se dirige a la acción de lesionar, mas no a su resultado. En cambio, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 105, considera que la acción u omisión típicas, como también el menoscabo a la salud producido por ellas, son objeto del dolo.

Como se precisó antes, el dolo se integra por un componente cognoscitivo y uno volitivo: el autor sabe que realiza los elementos del tipo objetivo y quiere hacerlo. Esto lleva a preguntar: ¿qué pasa si el sujeto tiene una incorrecta apreciación de alguno o algunos de los elementos del tipo objetivo? Para responder a ello se ha elaborado la teoría del error en el Derecho penal¹¹¹⁴.

En un principio se mantuvo en el Derecho penal la distinción entre *error de hecho* y *error de Derecho* del ámbito civil; recayendo el primero en las circunstancias fácticas del delito, mientras el segundo se refiere a sus aspectos jurídicos o valorativos¹¹¹⁵.

Tal conceptualización era congruente con el modelo causalista naturalístico de sistematización del delito, en el que existe una separación clara de lo objetivo descriptivo, correspondiente a la tipicidad, en tanto que lo objetivo valorativo se ubica en la antijuridicidad¹¹¹⁶. No obstante, el descubrimiento de los elementos normativos en el tipo¹¹¹⁷ realizado por Max E. Mayer¹¹¹⁸ puso en duda que el tipo penal fuera puramente objetivo: contiene cualidades cuya actualización ocurre sólo en el mundo del Derecho¹¹¹⁹, por lo que son cuerpos extraños, inauténticos elementos del tipo y auténticos elementos de la antijuridicidad¹¹²⁰.

Los conceptos *error de hecho* y *error de Derecho* fueron abandonados, adoptándose¹¹²¹ la denominación *error de tipo* para aludir al desconocimiento de alguno o algunos de los elementos contenidos en el tipo penal, ya sean descriptivos, ya sean normativos; mientras que con *error de prohibición* se

¹¹¹⁴ MAYER, Max E., *Derecho...*, p. 391, considera que hay error si el sujeto tiene un conocimiento falso, así como cuando no existe conocimiento; en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 424, precisando que si bien el conocimiento deformado de la realidad y la ausencia de conocimiento de esa realidad son ideas distintas, ello no se traduce en efectos jurídico-penales diversos.

¹¹¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 243.

¹¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nm. 20, p. 161; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 228-229; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho...*, pp. 459-460; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 243; ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, traducción de Enrique Bacigalupo, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, p. 57, precisa que el creador del tipo penal, Beling, lo caracterizaba como objetivo y valorativamente neutral.

¹¹¹⁷ MAYER, Max E., *Derecho...*, p. 228, caracterizándolos como circunstancias unidas con un gancho a la tipicidad y otro a la antijuridicidad.

¹¹¹⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 232; ROXIN, Claus, *Teoría...*, p. 60.

¹¹¹⁹ MAYER, Max E., *Derecho...*, p. 229.

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 230.

¹¹²¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nm. 109, p. 272; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 413, 415 y 418; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 425; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 244.

designa al desconocimiento acerca de su antijuridicidad, es decir, la oposición del hecho frente al ordenamiento en su totalidad¹¹²².

Adicionalmente, ha de precisarse que el error de tipo tiene efectos diversos a partir de si se proyecta sobre un elemento esencial o accidental, en tanto que como el de prohibición, puede ser vencible o invencible¹¹²³.

De lo anterior se sigue que el error vencible sobre un elemento esencial del tipo excluye el dolo al faltar el elemento cognoscitivo, pero deja subsistente la imprudencia, con lo que si el ilícito admite esa forma de comisión, será punible¹¹²⁴. El error invencible elimina el dolo al faltar el elemento cognoscitivo y también la imprudencia, ya que el sujeto pone la atención debida, lo que da lugar a la impunidad por atipicidad de la conducta¹¹²⁵.

Por lo que toca al error sobre elementos que agravan la pena, en el ordenamiento español se dispone que impide su apreciación, sin precisar que ello ocurra sólo cuando es invencible, por lo que ha de interpretarse, haciendo una analogía *in bonam partem*, que en ambos casos opera la misma solución¹¹²⁶. En cambio, en la codificación michoacana nada se prevé respecto

¹¹²² MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nms. 104 y 1, pp. 271 y 540, respectivamente; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 440 y 460; ROXIN, Claus, *Derecho...*, nms. 81 y 82, pp. 458 y 459; el error de prohibición abarca tanto al carácter prohibido de la conducta, como a la personal legitimación del sujeto para realizarla, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, pp. 429 y 430; el error de prohibición recae en su cualidad de injusto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, pp. 244 y 367; para Muñoz Conde el error de prohibición existe no sólo cuando el sujeto cree que su actuar es lícito, sino también cuando ni siquiera se plantea su licitud o ilicitud, en MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, pp. 292 y 401.

¹¹²³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nm. 111, p. 273, define al error vencible como aquel que habría podido evitarse de haber observado el debido cuidado; el invencible por el contrario, no podría ser conjurado aun aplicando la diligencia debida. Si el error pudo evitarse prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia; en el error invencible existe una creencia objetivamente fundada u objetivamente inevitable según el baremo del hombre medio, de manera que no existe dolo ni imprudencia, tratándose de un supuesto especial de caso fortuito, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, pp. 444 y 418, respectivamente. Para Quintero Olivares el error absoluto (invencible) es aquel que cualquier persona en la posición del autor habría padecido, mientras que el relativo (evitable) es el que podría haberse sorteado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o del significado del hecho; en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 428.

¹¹²⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nm. 112, p. 273; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 444; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 430; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 246; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 293.

¹¹²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, nm. 113, p. 273; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 445, lo considera un supuesto especial de caso fortuito; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 430; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo II, p. 246; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, p. 293.

¹¹²⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 274; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, op. cit., p. 451, misma solución que ofrece para las atenuantes; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 430, considera que si son elementos del tipo que lo cualifican, deben tratarse como error de tipo, en tanto que si son ajenas a él, no puede haber agravantes por imprudencia; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro,

a si hay diferencia alguna por el conocimiento o no de las circunstancias que aumentan o disminuyen la sanción¹¹²⁷, de manera que aparentemente reciben el tratamiento de condiciones objetivas de punibilidad.

En efecto, las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que autorizan la imposición de la pena o su incremento, pero no dependen de la voluntad del autor y por ello no son abarcadas por el dolo.

Ahora bien, es oportuno introducir una matización: el nivel de conocimiento exigible en cuanto a los elementos normativos del tipo no puede consistir en la exacta subsunción de los conceptos en la ley o en las normas de cultura; basta la valoración paralela del autor en la esfera del profano¹¹²⁸, o sea, la atribución de significado que haría el hombre medio en la situación del autor.

Entonces, respecto del tipo de violencia familiar, es posible que el autor incurra en error sobre la cualidad de la víctima: el enunciado legal se refiere a que esté o hubiera estado unida a él por alguno de los nexos legales o de relación de hecho que se enumeran, pero este último suponga que no exista ya el vínculo o la relación entre ellos.

Por otro lado, desde el punto de vista etimológico, pero también desde el jurídico, el concepto de agresión lleva implícito el *animus laedendi*, es decir, la finalidad de dañar¹¹²⁹, de manera que en el código penal michoacano, al exigir que la conducta típica de violencia familiar tenga esta cualidad, introduce un elemento subjetivo distinto del dolo.

4.2.2.3.2. Elemento Objetivo del Tipo.

El objeto material del tipo de violencia familiar puede ser variado: el cuerpo de la víctima en los supuestos de agresiones físicas o psicológicas, pero igualmente la conducta agresiva puede recaer en objetos, sean propiedad de la

Lecciones..., Tomo II, p. 252, estiman que el error, cualquiera que sea impide apreciar las agravantes, en cambio, el error sólo impide apreciar las atenuantes materiales.

¹¹²⁷ El artículo 19 de ordenamiento penal michoacano contempla: “Las circunstancias del delito, que aumenten o disminuyan la sanción, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del mismo”.

¹¹²⁸ MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Conrado A. Finzi de la 6ª edición (1955), Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 238.

¹¹²⁹ Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, Tomo I (A-D), Heliasta, 10ª edición, Buenos Aires, 1976, p. 142, Voz: “Agresión”; *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo I, México, 2007, p. 614 (en CD-ROM), Voz: “Agresión”.

víctima o no¹¹³⁰; documentos, dinero y hasta derechos, serían su objeto cuando la agresión tiene expresión en el ámbito patrimonial¹¹³¹.

Tomando en consideración el bien jurídico tutelado por el legislador de Michoacán cuando se introdujo la regulación al ámbito penal, podría sostenerse que el tipo de violencia familiar es de lesión, toda vez que se trataba de la convivencia armónica en el seno familiar; no obstante, a partir de la reforma publicada en el periódico oficial del estado el 1 de febrero de 2012, el objeto de tutela ya no es tan claro, pues la enmienda se encaminó a evitar la violencia de género, de manera que ahora sería la dignidad de la persona.

Entonces, proponer contemplar como elementos esenciales de la conducta típica el maltrato reiterado de un integrante del grupo familiar contra otro, así, en abstracto, si bien parece correcto en atención al bien jurídico que originalmente se pretendía salvaguardar, resulta contradictorio con las consideraciones previas del propio funcionario y los motivos que impulsaron a los legisladores para enmendar el precepto: evitar la violencia contra *la mujer*.

Las observaciones presentadas por el titular del Ejecutivo local, se discutieron en el Congreso de Michoacán, precisándose¹¹³² que se buscaba modificar el Código Penal estatal, en materia de igualdad de género y violencia familiar, como parte de un proceso de armonización con la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia¹¹³³, donde –afirma el legislador– se reconoce la vida de las mujeres como el bien jurídico a tutelar¹¹³⁴.

Resultado de ello, fue la sustitución del contenido del artículo 224 bis con el texto ahora vigente, de manera que aparentemente se introdujo el cambio para abarcar la violencia de género pero únicamente en el ámbito doméstico,

¹¹³⁰ Así por ejemplo, en los casos de amenazas, cuando el autor daña o destruye un objeto para mostrar a la víctima su poder físico o intimidarla, haciéndola objetivamente creíble.

¹¹³¹ El autor quita a la víctima los ingresos que obtiene por su cuenta o simplemente omite contribuir con los gastos del hogar, de manera que es aquella quien debe afrontarlos, reduciendo de esta forma su viabilidad financiera.

¹¹³² Véase Dictamen 292, del 19 de diciembre de 2011.

¹¹³³ Basta la lectura de su artículo 5, fracción IV –como si no fuera suficiente su extenso nombre–, para advertir que la violencia que se pretende evitar es únicamente aquella que tiene como víctima a la mujer, pero que se presenta en el ámbito privado –incluido el doméstico–, comunitario o institucional. Por su parte, la violencia familiar tiene como sujeto pasivo a un integrante del grupo vinculado por parentesco, pero que no necesariamente sería una mujer; además, no se limita a relaciones verticales (entre ascendientes y descendientes), sino que incluye las horizontales (entre hermanos o primos).

¹¹³⁴ Nada semejante se contiene en el texto de esa ley.

conservando el precepto en el capítulo correspondiente a la violencia familiar y sin precisar que la víctima ha de ser de sexo femenino; en suma, un galimatías.

El tipo de lesiones leves exige la afectación a la salud, así sea de poca entidad, lo que debe estimarse como el bien jurídico-penal. En efecto, la indemnidad psíquica y la física como objetos de protección independientes, quedan descartados a partir de que la afectación en ambos planos no da lugar al concurso ideal¹¹³⁵.

Por lo que ve a las amenazas leves, se trata de un tipo de peligro, ya que el objeto de protección es la libertad de actuación y el libre desarrollo de la personalidad¹¹³⁶, derechos fundamentales cuyo ejercicio puede verse afectado por la conminación de un mal, a pesar de que ésta no sea particularmente grave, mas el tipo no exige que esto ocurra: igualmente es posible que el ardid no logre su propósito y sin embargo el solo riesgo de menoscabo ya justifica la intervención penal.

La violencia habitual es un tipo de lesión ¹¹³⁷; el bien jurídico salvaguardado va desde la paz familiar o la armonía en la convivencia familiar ¹¹³⁸, a la dignidad personal ¹¹³⁹, atribuyéndose a la sustitución de conceptos dogmáticos por conceptos victimológicos los problemas para definirlo¹¹⁴⁰.

Independientemente de lo anterior, si se admite cualquiera de los bienes jurídicos señalados, la posibilidad de menoscabo a la integridad personal de sus integrantes no lleva a calificarlo como un tipo de peligro, con mayor razón si se toma en consideración que en el mismo precepto se contempla castigar en forma autónoma los delitos o faltas en que se concretaran los actos violentos desplegados.

¹¹³⁵ Véase TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I (artículos 1 al 233), Thomson-Aranzadi, 6ª edición, Pamplona, 2011, p. 919.

¹¹³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en el mismo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 1033.

¹¹³⁷ Para GRACIA MARÍN, es de peligro abstracto, citado por SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coordinador), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo I, Sepin, 3ª edición, Madrid, 2010, p. 1197.

¹¹³⁸ De acuerdo con las SSTs 927/2000 de 24 de junio y 20/2001, de 22 de enero, respectivamente.

¹¹³⁹ Para SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 150; en el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otros, *Comentarios...*, p. 1076.

¹¹⁴⁰ Llega incluso a calificarlo de “paradigmático ejemplo de cómo ‘no legislar penalmente’”, DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *El Concepto...*, p. 3, nota 5.

Por su parte, el objeto jurídico del tipo de violencia familiar es bajo la nueva redacción, incierto. La claridad alcanzada con la tipificación original en cuanto al bien jurídico penalmente tutelado, desapareció al confundirse la violencia de género con la violencia familiar e introducir en un único supuesto de hecho, manifestaciones de una y otra como si se tratara del mismo fenómeno.

Desde luego, como ya se anticipaba líneas arriba, no se entiende cómo el maltrato, tanto físico como psicológico, o la agresión patrimonial realizada contra quien ya no se está unido por matrimonio, concubinato, relación de pareja o parentesco, tenga incidencia alguna en el orden familiar o en la armonía de las relaciones familiares, habida cuenta de que el autor y su víctima ya no integran una misma familia, al menos desde el punto de vista legal. Tampoco podría hablarse de relaciones familiares, toda vez que roto el vínculo entre los sujetos, su interacción deja de ser cotidiana y estrecha como antes.

Contra esto, podría argumentarse que a pesar de la diferente situación de las personas respecto a la ley, el vínculo derivado de su estirpe no se extingue y eso es lo que se busca proteger; sin embargo, tal argumento resulta contradictorio con la decisión de imponer, en el segundo párrafo del numeral, la misma pena a quien realice conductas agresivas contra personas sujetas a la guarda, custodia, protección, educación, instrucción o cuidado de la pareja o ex pareja, es decir, con quien no existe nexo legal ni biológico alguno.

Con mayor razón si se advierte que la víctima no sólo podría carecer de vínculo familiar con el autor, sino también respecto de la pareja o ex pareja de este último: cuando se prevé que esté sujeta a educación, instrucción o cuidado por ella, se hace evidente que la naturaleza de la relación es exclusivamente civil y en específico, contractual entre el prestador de un servicio como docente o cuidador¹¹⁴¹ y quien lo recibe; de esta forma, se da tratamiento de violencia familiar a conductas que nada tienen que ver con las relaciones familiares y por lo tanto podrían tener respuesta a través de tipos “clásicos”¹¹⁴².

Aparece la dicotomía de sentidos en los que se utiliza el concepto “bien jurídico”: de *lege ferenda*, el sentido político criminal, como aquello que merece

¹¹⁴¹ A quienes coloquialmente se llama “canguros” en España.

¹¹⁴² Denominación que utiliza al referirse a delitos como lesiones, agresiones sexuales, tentativa de homicidio y otros, al tiempo que llama la atención sobre la demagogia legislativa en esta materia, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos*[...], p. 152.

la protección del Derecho penal; y de *lege lata*, el dogmático, como lo realmente protegido por el ordenamiento¹¹⁴³.

Entonces, si bien desde el punto de vista político criminal, la armoniosa relación de los integrantes de la familia puede reivindicarse un bien jurídico merecedor de protección, que sea el Derecho penal la rama del ordenamiento jurídico apta para ello, resulta cuestionable¹¹⁴⁴.

Ya a principios del siglo pasado Mayer señalaba que el bien jurídico debía reunir tres cualidades para recibir la tutela penal: ser necesitado de protección, lo que se determinaría a partir de su vulnerabilidad; ser susceptible de protección, cuestión que resulta de evaluar si la conminación penal es efectiva para conseguir el fin perseguido; y ser merecedor de protección, es decir, que la sociedad le conceda un valor elemental para la convivencia social¹¹⁴⁵.

Es lógicamente incongruente sostener que se protegen las sanas relaciones entre los miembros de una familia, segregando a uno de sus integrantes, o sea interrumpiéndolas, lo que si se revisa con detenimiento, no es otra cosa que llevar al ámbito doméstico las ideas de “defensa social”¹¹⁴⁶ y la prevención especial inocuizadora de von Liszt¹¹⁴⁷, basadas en todo caso, en el Derecho penal de autor. Pero independientemente de que se planteen dudas respecto de la capacidad del Derecho penal para tutelar las armoniosas relaciones en el núcleo familiar, con la redacción actual del tipo de violencia familiar es evidente que no reciben la protección esperada.

En todo caso, lo efectivamente protegido sería la indemnidad física o psicológica, con la diferencia, respecto del tipo de lesiones simples, de estar condicionada a la existencia de una relación determinada; empero, al existir un

¹¹⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 166; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, p. 326.

¹¹⁴⁴ La intervención del Derecho penal es legítima no sólo porque se persiga un fin deseable, sino por su eficacia y utilidad empíricamente demostradas, WOLF, Paul, “Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena”, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995, pp. 64 ss; crítica de la legislación española, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 158.

¹¹⁴⁵ MAYER, Max E., *Derecho...*, pp. 28-29.

¹¹⁴⁶ Es decir, que el fundamento del *ius puniendi* no se encuentra en su utilidad, sino en defender a “los honrados” frente a “los delincuentes”, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, p. 440; MAURACH, Reinhart y otro, *Derecho...*, §6, II, pp. 97-98.

¹¹⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, p. 95; MAURACH, Reinhart y otro, *Derecho...*, §6, I, p. 88; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, Tomo I, pág 51; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, p. 99; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, p. 153.

tipo derivado agravado precisamente por la misma razón¹¹⁴⁸, surge un concurso aparente de normas de difícil solución al no encontrarse un diverso juicio de desvalor en uno y otro supuesto.

Una posible solución al dilema es interpretar que la alusión a “conductas”, en plural, distingue las dos hipótesis normativas, de manera que cuando se realiza por una ocasión, actualiza el tipo de lesiones agravadas; mientras que dos o más darían paso al de violencia familiar.

El tipo de lesiones leves tiene como objeto material el cuerpo o la psique de la persona, habida cuenta de que en la formulación normativa se prevé que el autor cause menoscabo, o bien, golpee o maltrate de obra a su víctima. Por lo que toca al objeto jurídico, las opiniones varían: la salud física o mental¹¹⁴⁹, la integridad física o mental¹¹⁵⁰, o la paz familiar¹¹⁵¹.

Al insertarse el tipo de malos tratos familiares dentro del título correspondiente a las lesiones¹¹⁵², surgieron problemas interpretativos para determinar el bien jurídico penalmente salvaguardado, ya que era necesario mantener su independencia frente a los contemplados en los artículos 147, 148, 149 o 150¹¹⁵³ y al mismo tiempo, legitimar su relevancia penal; esto se hizo por

¹¹⁴⁸ Si la víctima es ascendiente, descendiente, pupilo, cónyuge o concubino del autor de las lesiones dolosas, la pena privativa de libertad se incrementa hasta en cinco años y hasta una tercera parte del máximo previsto si el vínculo es familiar o relación familiar de hecho, conforme al artículo 276 del código penal de Michoacán.

¹¹⁴⁹ Citando a la STS 79/2009 de 10 de febrero, SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1002; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 919; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 101; GRACIA MARTÍN, citado por GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (directora), *Estudios...*, p. 28; hace referencia a diversos autores, FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 322, nota 106.

¹¹⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho...*, p. 137; OLMEDO CARDENETE y CASTELLÓ NICÁS, citados por FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 323, nota 116.

¹¹⁵¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *La Violencia...*, p. 08:6; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 160; CUENCA SÁNCHEZ, según FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Ibidem*, nota 115.

¹¹⁵² La formulación original del tipo de malos tratos familiares se ubicó en el artículo 153, v. Ley Orgánica 10/1995 publicada en el BOE número 281 el 24 de noviembre de 1995.

¹¹⁵³ Debido a que se preveía sancionar la violencia habitual contra parientes, independientemente de las penas que correspondieran por los resultados en cada caso provocados, lo que supondría infringir el *ne bis in idem*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Valoración de la Violencia de Género desde la Perspectiva del Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/04/recpc04-09.pdf> [Accesada el 14 de mayo]; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (directora), *Estudios...*, p. 29. El concurso debía resolverse siguiendo el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 8.3 del código penal, de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, citada por FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *El Delito...*, p. 322, nota 108.

la vía de sostener que se pretendía proteger la salud y que se trataba de un delito de peligro abstracto¹¹⁵⁴.

Pero tal solución es incorrecta, por una razón adicional a las ya expresadas¹¹⁵⁵: clínicamente se ha demostrado que el maltrato recurrente genera un desequilibrio en la psique de la víctima, de manera que al exigirse la habitualidad, no se trata de la probabilidad de que se presente un daño físico o psicológico, sino que este último efectivamente se presenta. Entonces, no puede hablarse de un delito de peligro abstracto porque la conducta típica genera en la realidad lesiones psicológicas, o sea, un delito consumado de lesiones en el aspecto emocional¹¹⁵⁶.

En las amenazas leves, al consistir la conducta típica en amagar utilizando armas u objetos peligrosos, el objeto material está constituido por la psique de la víctima; en tanto que el bien jurídico salvaguardado es la libertad de decisión¹¹⁵⁷, la tranquilidad y el sosiego personal¹¹⁵⁸.

Por lo que toca a la violencia doméstica, su objeto material es, como en el delito de maltrato doméstico, el cuerpo y la psique de la víctima, mientras el bien jurídico tutelado será la integridad moral¹¹⁵⁹, el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes¹¹⁶⁰, la dignidad personal¹¹⁶¹, o de acuerdo a la jurisprudencia, la paz familiar¹¹⁶².

4.2.2.3.3. El Bien Jurídico Tutelado.

Por cuanto se refiere al Estado de Michoacán, amerita recordarse que mediante decreto número 139, publicado en el Periódico Oficial del Estado del

¹¹⁵⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Precedentes...”, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (directora), *Estudios...*, p. 30; GRACIA MARTÍN, citado por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 148, nota 17.

¹¹⁵⁵ Véase p. 17.

¹¹⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 148.

¹¹⁵⁷ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1165, con referencia a las SSTs 1060/2001 de 1 de junio y 821/2003 de 5 de junio.

¹¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en el mismo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 1034.

¹¹⁵⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones...”, en la misma (Directora), *Estudios...*, p. 171.

¹¹⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos...*, p. 146; TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y otro, *Comentarios...*, p. 1076; SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código...*, p. 1209, refiriéndose a las SSTs 927/2000 de 24 de junio y 20/2001 de 22 de enero, que si bien constituyen la interpretación del artículo 153 anterior a la LO 11/2003, su texto se corresponde al actual 173.2.

¹¹⁶¹ BARQUIN SANZ, citado por NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas Consideraciones...”, en la misma (Directora), *Estudios...*, p. 171, nota 24.

¹¹⁶² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coordinador), *Manual...*, p. 151.

19 de abril de 2001, se adicionó el Capítulo Sexto, al Título Décimo Primero denominado *Delitos contra el Orden Familiar* para incorporar en él, como artículo 224 *bis*, la descripción típica del delito de violencia familiar

Y, para identificar el bien jurídico protegido con la previsión de tal figura típica es conveniente recurrir a la exposición de motivos en la que se indicó como motivo para establecerla: “la demanda recurrente en cuanto a que la legislación estatal brindara mayor protección a la libertad, la seguridad jurídica, la dignidad y los derechos de la familia, de la mujer y de los menores”, así como procurar la equidad de género.

Respecto a este tópico, Alejandro González Gómez ha señalado¹¹⁶³ que, si bien, de la ubicación sistemática en la que se encuentra ubicada la figura típica, podría inferirse que la misma pretende tutelar es el “orden familiar”, debe descartarse tanto a éste como a la integridad física y psíquica de los miembros del núcleo familiar como bienes jurídicos protegidos, *puesto que el “orden familiar”, al menos el impuesto autoritaria, vertical, violenta e impunemente es, precisamente, el comportamiento que se pretende evitar. Lo segundo es, también, inadmisibles, ya que la integridad física y psíquica, no sólo de los miembros de una familia, sino de cualquier persona, están tutelados, previa y ampliamente, particularmente -pero no tan sólo- por los delitos contra la vida y salud Tanto es así, que la propia iniciativa descartaba, expresamente, como elementos del tipo, la lesión o puesta en peligro de la integridad física o psíquica.*

En esa tesitura, propone como bien jurídico a proteger por el tipo de violencia familiar, el *sano y armónico desarrollo de las relaciones intrafamiliares*; proposición con la que se coincide, en principio.

Empero, a partir de la evolución que argumentativamente ha venido presentándose en el ámbito jurídico mexicano, puede señalarse que, en tratándose de este delito, el bien jurídico realmente tutelado no es otro que el derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia, ya que esta prerrogativa forma parte del catálogo de los derechos humanos que deben considerarse integrados al orden nacional, al estar reconocido en diversos tratados internacionales, tales como: la Convención sobre los Derechos del Niño; la

¹¹⁶³ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, “Consideraciones sobre el Nuevo Delito de Violencia Familiar”, en línea, disponible en la página web <http://www.tribunalmmm.gob.mx/lonuevo/consideraciones.htm> [accesada el 5 de septiembre de 2014].

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "*Convención de Belem do Pará*"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Asimismo, deriva de los derechos a la vida, salud e integridad física establecidos en la Constitución General de la República¹¹⁶⁴.

4.2.3. La Tentativa.

Por razones de carácter metodológico, y una vez que han sido descritos los elementos que integran los tipos penales a los que se refiere este estudio, he considerado que el análisis de la tentativa debe ser efectuado de manera conjunta y comparada.

Así y con el propósito de determinar qué es la tentativa y cuál es su significación, resulta necesario analizar la forma en que se desarrolla el delito, desde el punto de vista doctrinal.

Para ello, conviene recordar que cuando una conducta antijurídica se produce, previamente ha pasado por diversas fases, cuya identificación resulta relevante ya que los actos que las integran pueden llegar a trascender en el ámbito de la punibilidad, que podrá variar o, incluso, ser inexistente.

4.2.3.1. El *Iter Criminis*.

El desarrollo del delito es normalmente conocido como *iter criminis*, y con esta denominación se alude a *las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento, desde que la idea nace en la mente del criminal hasta la consumación del delito*¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁴ Vid. Época: Décima; Registro: 2009280; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 19, Junio de 2015, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CXCI/2015 (10a.); P.: 580. Rubro: "DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL".

¹¹⁶⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología Clínica*, Porrúa, 4ª ed., México, 2011, p. 304.

También ha sido concebido como el *proceso de desarrollo temporal del delito, conforme a la realización volitiva del autor, desde la resolución hasta la consumación*¹¹⁶⁶.

De igual modo, se le ha conceptualizado como el *camino más o menos largo [...], que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico*¹¹⁶⁷.

Asimismo, se le ha definido como la *forma en la que se gesta el delito*¹¹⁶⁸.

Todas y cada una de estas conceptualizaciones participan de un denominador común: se refieren a la manera en que el delito se desarrolla, desde que se idea por parte del sujeto hasta su consumación.

Como es sabido, el *iter criminis* consta de dos fases: la interna y la externa¹¹⁶⁹.

En la primera, también llamada subjetiva, el delito sólo se encuentra en el pensamiento del sujeto; mientras que en la segunda, denominada también objetiva, el individuo exterioriza su pensamiento y lo materializa a través de actos u omisiones.

La fase subjetiva se encuentra integrada por etapas específicas, a saber: (a) la *ideación* -cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente-; (b) la *deliberación* -en la que la idea surgida se rechaza o acepta-; y, (c) la *resolución* -el sujeto decide cometer el delito, afirmando su propósito de delinquir, o bien, rechaza la idea en forma definitiva-.

Por su parte, la fase objetiva cuenta con las siguientes fases: (a) la *manifestación* -en ella, el pensamiento se exterioriza, manifestándose de forma que deja constancia en el mundo fáctico-; (b) la *preparación* -en ella, el sujeto lleva a cabo todos y cada uno de los actos que considera necesarios para, en su

¹¹⁶⁶ ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, 2ª ed., México, 2011, p. 305.

¹¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch Libros, 8ª ed., Valencia, España, 2010, p. 411.

¹¹⁶⁸ MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *El Tipo de la Tentativa. Teoría y Práctica*, Porrúa, México, 2011, p. 17.

¹¹⁶⁹ En ello coinciden AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, *op. cit.*, pp. 43-44, y MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 19-25, al efectuar el estudio sobre las etapas del *iter criminis* y las distintas fases que componen a cada una de ellas; recurriéndose a dicho análisis para definir en qué consisten.

momento, realizar el ilícito-; y, (c) la *ejecución* –se trata de una serie de actos externos que revelan la intención del agente y que son capaces de producir peligro para el bien jurídico–.

La comprensión del *iter criminis* permite disponer de una noción precisa de la forma en que el delito se configura, pudiendo contarse con un panorama que permite apreciar la forma en que sus fases y, en su caso, las etapas antes referidas, inciden en la punibilidad de una conducta.

Al respecto, conviene no perder de vista que la fase subjetiva del delito –por su naturaleza– no puede ser objeto de sanción ya que se circunscribe al ámbito psíquico del sujeto y aún no se ha traducido en actos objetivos.

De esta manera, la punición sólo será posible en la medida en que la determinación del agente activo transite de la fase subjetiva a la objetiva, y particularmente cuando se llegue a la etapa de ejecución de esta última.

4.2.3.2. Aproximación Conceptual a la Tentativa.

Como se ha referido, el estudio del *iter criminis* resulta útil desde la perspectiva de que en la fase externa pueden materializarse actos encaminados a la comisión de un delito, que pueden calificarse como un principio de ejecución.

De esta manera, en el desarrollo de una conducta delictiva que ha pasado de la fase subjetiva, los actos ejecutivos pueden llegar a la consumación del ilícito; o bien, hacer patente la voluntad de realizarlo, y que éste no se consume por causas ajenas a tal volición.

Es precisamente en este contexto del *iter criminis* en donde tiene lugar la tentativa.

Acerca de esta figura, se han aportado distintos conceptos, conviniendo hacer alusión a los siguientes:

En principio, Francisco Muñoz Conde la ha definido como *una causa de extensión de la pena que surge por una necesidad de política criminal de extender la amenaza penal prevista para los tipos penales consumados, situación que acontece para ciertas conductas que se identifican como cercanas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguir el resultado*¹¹⁷⁰.

¹¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Temis, 3ª ed., Bogotá, Colombia, 2010, p. 230.

Por su parte, Zaffaroni se refiere a ella como la punición de una *conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos por quedarse en una etapa anterior a la realización, se trata de un dispositivo amplificador del tipo, de un delito incompleto*¹¹⁷¹.

En esta noción coincide Zulita Fellini Gandulfo¹¹⁷², cuando indica que *castigar la tentativa supone una extensión de la punibilidad, lo que sólo será posible si concurren los requisitos que establece la ley; por consiguiente, las prescripciones relativas a la tentativa son dependientes de su relación con un tipo penal concreto*.

En este tenor, Luis Jiménez de Asúa refiere que la tentativa radica *en la voluntad criminal que entra en la fase de consumación del delito sin llegar a llenarla, no obstante que la dirección de dicha voluntad es dañar el bien jurídico*¹¹⁷³.

En opinión de Santiago Mir Puig, *los actos preparatorios [...] presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado, en cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa*¹¹⁷⁴.

Por su parte, Marco Antonio Terragni sostiene que la tentativa *es un delito que ha quedado incompleto por circunstancias ajenas a la voluntad del autor*¹¹⁷⁵.

Acorde con estas nociones, puede deducirse que la tentativa puede ser definida como la realización de actos por parte del agente del delito, que suponen la expresión de la voluntad de éste de consumir una conducta antijurídica, sin que esto ocurra por causas ajenas a la volición de aquél.

En cuanto a la naturaleza de la tentativa, es pertinente señalar que, en general, los tipos previstos en la normativa penal se refieren a supuestos consumados.

Ahora bien, por razones de política criminal, el Estado ha determinado que resulta necesario extender la punibilidad de aquellas conductas que resulten

¹¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas, 2ª ed., México, 1988, pp. 639-640.

¹¹⁷² FELLINI GANDULFO, Zulita, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. III, Voz: *Tentativa*, Porrúa, 10ª ed., México, 1997, p. 3059.

¹¹⁷³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 319.

¹¹⁷⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, 5ª ed., Barcelona, 2001, p. 336.

¹¹⁷⁵ TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, La Ley, Argentina, 2013, p. 622.

cercanas a la consumación y que se realicen con la voluntad de alcanzar el resultado dañoso.

En esa virtud, la resolución o voluntad de producir un resultado dañoso por parte del sujeto, forma parte esencial de la tentativa; ameritándose además la realización de actos que la hagan manifiesta, y que la materialización del ilícito no se colme por causas ajenas a esa voluntad.

Es precisamente en esa tesitura, que la tentativa requiere de una exteriorización de la voluntad por parte del agente para alcanzar un resultado dañoso, el que no se logra por causas ajenas a esa voluntad.

Señalado lo anterior, es pertinente traer a colación lo señalado por Arilla Bas¹¹⁷⁶ cuando refiere que la norma jurídica que prevea la tentativa no integra por sí misma un tipo penal, ya que no contiene elementos específicos propios de los tipos delictivos.

Antes bien, la naturaleza de dicha figura resulta accesoria y sólo entra en función relacionada con otra principal; ya que los tipos penales se refieren a conductas consumadas¹¹⁷⁷.

En ello coincide Francisco Muñoz Conde, al indicar que *normalmente, cuando los preceptos penales describen y tipifican un delito, lo hacen refiriéndose al mismo en su forma consumada*¹¹⁷⁸, y que la tentativa es un *tipo dependiente, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado*¹¹⁷⁹.

De esta manera, la parte especial de la normativa penal contempla diversos tipos, de cuya previsión se deriva que todos y cada uno de ellos aluden a delitos consumados.

Por su parte, la previsión de la tentativa se encuentra contemplada en una disposición general que, por su naturaleza, amerita vincularse con el delito

¹¹⁷⁶ ARILLA BAS, Fernando, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷⁷ Recientemente, el Poder Judicial de la Federación, a través del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, se ha decantado por esta noción en el criterio cuyos datos de localización se describen a continuación: Época: Décima; Registro: 2006138; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 5, Abril de 2014, Tomo II; Materia(s): Penal; Tesis: II.3o.P.26 P (10a.); P.: 1703; intitulada: “TENTATIVA. NO CONSTITUYE UN DELITO INDEPENDIENTE O AUTÓNOMO, SINO UNA EXTENSIÓN DEL TIPO, QUE HACE FACTIBLE SANCIONAR AL AGENTE POR LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO TENTADO Y NO CONSUMADO”.

¹¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch Libros, 8ª ed., Valencia, 2010, p. 411.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 416.

básico; se trata, entonces, de una figura dependiente de éste, que no puede materializarse sin relacionarse directamente con ésta.

4.2.3.3. Regulación de la Tentativa en España y Michoacán.

Habiendo hecho alusión a la conceptualización que la doctrina ha propuesto respecto a la tentativa, es pertinente hacer referencia a la definición jurídico-normativa de esta figura.

Para hacerlo, amerita recurrirse a las disposiciones que al respecto se contienen en la legislación sustantiva penal.

Atendiendo a la delimitación de esta investigación, es conveniente aludir a lo que –al respecto– se contempla en el código penal español y en el del Estado de Michoacán.

Así, el artículo 16,1 del ordenamiento penal español define a la tentativa de la siguiente manera:

“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

Como puede advertirse, en el contexto jurídico español, la tentativa se materializa cuando el agente activo del delito da inicio a su ejecución -a través de hechos exteriores- efectuando todos o una parte de los actos que debieran producir –objetivamente– el resultado, cuando éste no se produzca por causas ajenas e independientes a la voluntad de aquél.

Se trata de una regulación de la tentativa que se ajusta a la concepción clásica de la misma, y que no toma en cuenta las distintas formas en que puede materializarse y a las que se hará alusión en párrafos siguientes.

Respecto al Estado de Michoacán, es conveniente señalar que actualmente opera una doble regulación sustantiva penal.

Para comprender esta aseveración, es conveniente referir que de conformidad con la declaratoria publicada en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán el 26 de diciembre de esa anualidad, el Sistema Procesal Penal Acusatorio –derivado de las reformas y adiciones a la

Reforma Constitucional en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, del 18 de junio de 2008– quedó incorporado en la Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo y en la legislación secundaria aplicable en la materia; y que el mismo habría de implementarse en forma gradual y regional¹¹⁸⁰.

El proceso de implementación de dicho sistema, implicó la revisión de la normativa aplicable a los procesos de esa naturaleza, lo que dio lugar a la emisión de un nuevo código penal, que se publicó en el mismo medio de difusión oficial el 17 de diciembre de 2014; habiéndose establecido en el artículo primero transitorio del decreto respectivo, que el mismo cobraría vigencia en la forma en que fuese implementándose el nuevo sistema de justicia penal.

De esta manera, en Michoacán coexisten y aplican dos legislaciones sustantivas penales: el código penal de 2015, que actualmente se encuentra vigente en las regiones Morelia y Zitácuaro –para hechos que hubiesen ocurrido a partir del 7 de marzo de 2015 en las circunscripciones territoriales que comprenden las mismas–; y, el código penal de 1980, aplicable en el resto de las regiones y, además, para eventos acontecidos en las ya mencionadas con antelación al momento en que el sistema acusatorio y oral quedó materialmente implementado.

Así, en la legislación penal de 1980, la tentativa se encuentra regulada en el artículo 11, primer párrafo, en los términos siguientes:

“La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente”.

Efectuando un análisis comparativo entre la normativa penal española y la michoacana a la que se ha hecho referencia inmediata, se advierte similitud en la regulación de la tentativa; ya que ambas aluden a la punibilidad de la tentativa cuando el agente activo del delito haga patente su resolución de cometer un delito, a través de un comienzo de ejecución o por la realización de los actos que debieran producir el resultado, siempre que ello no ocurra por causas ajenas a su voluntad.

¹¹⁸⁰ El 7 de marzo de 2015, en las regiones Morelia y Zitácuaro; el 3 de agosto de 2015, en las regiones Zamora y Uruapan; y, el 9 de mayo de 2016 en las regiones Lázaro Cárdenas y Apatzingán.

Por su parte, el artículo 22 del código penal de Michoacán de 2015 se refiere a la tentativa en los términos siguientes:

“Únicamente es punible el delito cometido en grado de tentativa acabada que haya puesto en peligro al bien jurídico tutelado. Existe tentativa acabada, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, y aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”

En este caso, como puede advertirse, se introduce una regulación diversa a la que se encuentra contenida en el código penal de 1980; ya que el legislador ha considerado que la tentativa es punible sólo cuando tenga la calidad de acabada y se haya puesto en peligro al bien jurídico tutelado.

Y el propio órgano creador de la norma se ha ocupado de definir qué debe entenderse por tentativa acabada, señalando que ésta se presenta cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza mediante la realización total de los actos ejecutivos que debieran producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, siempre que el antijurídico no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Para disponer de un panorama adecuado sobre el particular, se estima pertinente hacer alusión a lo que la doctrina ha definido como tentativa inacabada y acabada.

Así, existe tentativa inacabada o conato *cuando el agente no logra realizar, independientemente de su voluntad, algún o algunos actos que había proyectado para lograr la consumación del delito*¹¹⁸¹.

Por su parte, la tentativa acabada o delito frustrado *tiene lugar cuando el agente ha ejecutado todos los actos que había resuelto para lograr la perpetración del delito y éste no se ha consumado por causas ajenas a su voluntad*¹¹⁸².

Es precisamente este tipo de tentativa el que considera punible la legislación sustantiva penal en Michoacán –vigente en los términos y condiciones ya precisados–.

¹¹⁸¹ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *Tratado sobre la Tentativa*, Porrúa, 4ª ed., México, 2011, p. 165.

¹¹⁸² *Ibidem*, pp. 165-166.

De esta manera, solamente podrá sancionarse la tentativa de un delito, cuando el agente haga patente o exteriorice la resolución de cometer un delito, llevando a cabo los actos que debieran producir el resultado, u omitiendo los que debieran evitarlo, cuando el ilícito no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Ahora bien, con la finalidad de determinar si la tentativa puede configurarse en tratándose del delito de violencia familiar, es relevante tener en cuenta cuál es la regulación que en torno a éste, se contempla en los códigos penales español y de Michoacán.

Al respecto, conviene acotar que conforme a la primera de dichas legislaciones, la violencia familiar se encuentra prevista en dos enunciados jurídicos; el primero es el numeral 153, mismo que alude a distintas hipótesis.

La primera de ellas contiene los siguientes elementos: a) la causación – por cualquier medio– de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión; b) que la pasivo sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al activo por una relación análoga de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

La segunda, alude a los siguientes supuestos: a) la causación, por cualquier medio, de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión; b) que el sujeto pasivo sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del propio Código Penal, es decir, descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como persona sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En ambos casos, el delito se verá agravado cuando se cometa en presencia de menores o mediante la utilización de armas, o cuando se verifique en el domicilio común o en el de la víctima, o cuando se quebrante una pena o

una medida cautelar o de seguridad de las establecidas en el numeral 48 del Código Penal Español.

Como puede percibirse, los supuestos señalados en el numeral 153 de dicho ordenamiento aluden a un delito de resultado necesario, en el que la tentativa punible puede materializarse, en la medida que se lleven a cabo intencionalmente, los actos que debieran producir el resultado pretendido, siempre que ello no acontezca por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Así, cuando una persona efectúe cualquier tipo de acto que idóneamente pudiera causar un menoscabo o una lesión, o pretenda golpear o maltratar a cualquiera de las personas que reúna alguna de las calidades establecidas por la norma, sin causarle lesión; y que el resultado no llegara a producirse, se generará la tentativa punible del delito.

En otro orden de ideas, el delito de violencia familiar también se encuentra contemplado en el artículo 173.2 del código penal español, norma a cuyo tenor es necesario el ejercicio de violencia física o psíquica en perjuicio de persona que se encuentre en alguna de las calidades que describe dicho precepto, en forma habitual.

Lo mismo acontece con la actual descripción típica del delito de violencia familiar al que alude el numeral 178 del código penal de Michoacán, ya que éste también alude a la pluralidad de conductas que impliquen agredir física, psicológica, patrimonial o económica a persona con la que el agente activo se encuentre vinculado por alguna de condiciones que prevé el mismo precepto.

Precisamente en razón de que ambos tipos requieren de pluralidad de conductas, es que se estima que respecto de ellos no podría configurarse la tentativa punible; y es que, para ello, se requiere que el sujeto activo haga patente su intención de causar un menoscabo a la víctima, y lleve a cabo actos tendientes a lograr ese propósito pero sin que ello se produzca por causas ajenas a su voluntad; lo que resulta incompatible con la previsión normativa relativa a la habitualidad o a la pluralidad de actos típicos.

4.2.4. Consumación: El Delito de Violencia Familiar ¿Delito Instantáneo, Permanente o Continuado?

Al igual que en el caso anterior, he considerado que el análisis en torno a la naturaleza de los tipos penales establecidos en los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal español, y 224 bis del Código Penal michoacano, en cuanto a su consumación, se efectúe en forma conjunta.

Para ello, estimo adecuado señalar que la noción de delito es parte esencial del derecho penal y ha ocupado siempre un papel esencial en lo que la doctrina ha denominado la parte general del mismo; y de su conceptualización y análisis se ha ocupado la llamada teoría del delito.

Con la finalidad de acometer el propósito de este análisis, es conveniente atender a la definición normativa del delito, recurriendo a la conceptualización que al respecto formulan las legislaciones penales española y michoacana.

De esta manera, el artículo 10 del Código Penal Español define al delito en los términos siguientes:

“Artículo 10. *Son delito o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.”*

De tal denominación se infiere que sólo pueden y deben ser considerados y castigados como delito o falta, las acciones en que concurren los elementos o requisitos de la definición legal o típica; los hechos que no los cumplan no podrán ser considerados delictivos.

En opinión de Francisco Muñoz Conde, el código penal español distingue en los artículos 2 y 10, *entre delitos y faltas (clasificación bipartita), aunque ambos conceptos pueden englobarse bajo la expresión genérica de “hecho punible” o de “infracción penal”, que es también la utilizada a veces en el Código penal para referirse tanto al delito como a la falta*¹¹⁸³.

En el caso del Estado de Michoacán, como se indicó en párrafos anteriores, resulta aplicable en la actualidad una doble regulación sustantiva penal; derivada de la implementación en esta entidad federativa, del sistema penal acusatorio y oral.

¹¹⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2010, p. 201.

Lo antes expuesto viene a colación, porque la definición normativa del delito difiere en ambos ordenamientos.

Así, el artículo 7º, primer párrafo, del Código Penal del Estado de Michoacán de 1980, establece al respecto:

“Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. [...]”.

Acorde con esta concepción, el delito es la acción u omisión ilícita y culpable que expresamente se encuentre descrita en la ley, bajo la amenaza de una sanción; por lo tanto, debe ser típica, conformarse con una descripción de la conducta hecha en la norma.

Por su parte, en los artículos 4 y 16 del Código Penal del Estado de Michoacán de 2015, se acoge una perspectiva distinta al definir al delito, orientando su conceptualización a los principios del bien jurídico y del acto, en los términos siguientes:

“Artículo 4. Principio de bien jurídico. Únicamente será constitutiva de delito la acción u omisión que lesione o ponga en peligro al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

“Artículo 16. Principio de acto. El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión”.

En esa tesitura, el delito debe ser estimado ya no solamente como una acción u omisión que sancione la ley penal, esto es, una conducta que reúna una condición típica; sino que además, debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma; condición adicional que constituye una garantía adicional a los gobernados, como requisito *sine qua non* para la persecución de conductas por parte del derecho.

Establecida la noción normativa del delito en los contextos español y michoacano –en su doble regulación actual–, es pertinente recordar que desde el punto de vista doctrinario, los delitos han sido clasificados desde distintas perspectivas.

Uno de los criterios clasificatorios previstos en la norma penal, al menos en el Estado de Michoacán, es aquél que propone que los delitos son instantáneos, continuados o permanentes.

Este criterio ha sido identificado por Celestino Porte Petit¹¹⁸⁴ y Fernando Castellanos Tena¹¹⁸⁵, como aquel que ubica la naturaleza del delito en función de su duración.

Por su parte, Rafael Márquez Piñero indica que este criterio atiende, más que a la duración de los delitos, a la unidad o pluralidad de la acción delictiva, y a partir de ello los clasifica en los mismos términos¹¹⁸⁶.

En una línea similar, Eugenio Raúl Zaffaroni propone que más allá de la duración del delito, debe atenderse a la unidad o pluralidad de conductas que constituyan al tipo para determinar si el mismo tiene la calidad de instantáneo, permanente o continuado¹¹⁸⁷.

En ese marco, puede convenirse con la noción de que el delito, como estructura jurídica, parte del supuesto de una conducta que el legislador sanciona con una pena, noción que guarda concordancia con la anterior definición jurídica del delito, establecida en el artículo 7 del Código Penal de Michoacán, de 1980.

Este concepto apunta *aspectos relevantes de la estructura de un hecho como delito, es decir, se exige una conducta, sea ésta de acción u omisión, a la que se le asigna una pena. De otras disposiciones del propio código se van desprendiendo otros elementos que dan estructura al delito como una entidad jurídica, es decir, el delito, además de ser un hecho derivado de una conducta, también requiere ser típica, antijurídica y culpable*¹¹⁸⁸.

Esta concepción guarda consonancia con el sistema causalista del derecho penal; conforme al cuál, el primer elemento del delito no es otra cosa sino el hecho, que a su vez, se integra de los siguientes componentes: a) la conducta; b) el resultado; y, el c) nexa causal.

En este análisis, resulta relevante tener en cuenta la noción de resultado, la que puede ser comprendida como el daño o peligro que sufre el bien jurídico tutelado con motivo de la acción u omisión del sujeto activo del delito; elemento

¹¹⁸⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Tomo I, Jurídica Mexicana, 1ª ed., México, 1969, p. 379.

¹¹⁸⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, Porrúa, 35ª ed., México, 1995, pp. 138-139.

¹¹⁸⁶ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, Trillas, 4ª ed., México, 1999, p. 140.

¹¹⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al*, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Porrúa, México, 2013, p. 645.

¹¹⁸⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, 5ª ed., México, 2011, p. 171.

esencial para la integración del delito, acorde con el artículo 4º del Código Penal de Michoacán de 2015.

Ahora bien, el resultado generalmente se da por la alteración del mundo exterior o por la falta de ese cambio: en el primer supuesto el resultado es material, en el segundo es jurídico.

En esta última noción coincide Fernando Arilla Bas cuando señala que *la conducta y el resultado no constituyen, por tanto, elementos del hecho. Por el contrario el resultado viene a ser, en los delitos materiales, de que inmediatamente haremos mención, un elemento de la conducta. El elemento externo de ésta se integra de dos modos: mediante el simple comportamiento del sujeto, y mediante dicho comportamiento y un resultado material*¹¹⁸⁹.

Desde esta perspectiva, y acorde con dicho autor, en orden a la consumación del resultado, el delito puede ser dividido en instantáneo o permanente¹¹⁹⁰.

A partir de lo antes descrito, según el tipo delictivo de que se trate, pueden considerarse tres maneras en que el resultado delictivo se puede presentar: a) el resultado instantáneo; b) el resultado permanente; y, c) el resultado continuado¹¹⁹¹.

Los criterios doctrinarios antes descritos, ya sea que se les identifique como en función de su duración, de la unidad o pluralidad de la acción delictiva o del resultado, conducen a clasificar a los delitos en 3 tipos esenciales: instantáneo, permanente y continuado¹¹⁹².

Con la finalidad de comprender su significación, es pertinente acudir a la conceptualización que sobre ellos, aporta la doctrina penal.

¹¹⁸⁹ ARILLAS BAS, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, 2ª ed., México, 2011, p. 220.

¹¹⁹⁰ *Idem*.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, p. 175.

¹¹⁹² Aunque algunos de ellos sólo aluden como parte de esa clasificación al instantáneo y al permanente; o, en su caso, al instantáneo y al continuado. Para algunos, los delitos permanentes y continuados deben considerados como sinónimos.

4.2.4.1. Delitos Instantáneos.

Para Celestino Porte Petit, la conceptualización del delito instantáneo debe fundarse en dos criterios: a) en la instantaneidad de la consumación; y, b) en la naturaleza del bien jurídico lesionado¹¹⁹³.

Y atendiendo a la primera de dichas nociones, el *carácter instantáneo de un delito no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la de la consumación, observando a continuación que lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo*¹¹⁹⁴.

En esa tesitura, el delito instantáneo es aquél que se agota tan pronto se produce la consumación.

Este autor señala que, además del delito instantáneo *per se*, existe una especie adicional: el instantáneo con efectos permanentes, que resulta ser aquel *en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos. Es también aquél en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste*¹¹⁹⁵.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena señala que en el delito instantáneo la *acción que lo consume se perfecciona en un solo momento*¹¹⁹⁶, y acorde con ello, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

Conforme a esta conceptualización, Castellanos Tena coincide con Rafael Márquez Piñero respecto a que en el caso del este tipo de delitos se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consume el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en acciones múltiples; en todo caso, el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo.

Así, existe una acción y una lesión jurídica; y el evento consumativo típico se produce en un solo instante; a manera de ejemplos, pueden enunciarse el homicidio y el robo.

¹¹⁹³ PORTE PETIT, Celestino, *op. cit.*, p. 380.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 382.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 383.

¹¹⁹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 138.

En torno al delito instantáneo con efectos permanentes, Castellanos Tena lo define como *aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo*¹¹⁹⁷.

Así, en el caso del homicidio, el bien jurídico (la vida) se destruye en forma instantánea, pero sus consecuencias perduran en el tiempo; en otro supuesto, el de las lesiones, el mencionado bien jurídico (la integridad corporal o la salud) se ve disminuido en forma instantánea, pero la alteración en la salud permanece por un tiempo determinado.

Ahora bien, para Márquez Piñero, los delitos instantáneos son aquellos en los que la violación jurídica se produce simultáneamente con la consumación de los mismos¹¹⁹⁸.

Para Fernando Arilla Bas el delito es instantáneo, cuando *la consumación se agota, es decir, concluye del todo, en el momento de realizarse sus elementos constitutivos específicos*¹¹⁹⁹.

Finalmente, para Octavo A. Orellana Wiarco, el delito es de resultado instantáneo *cuando el delito se agota o se consume y el bien jurídico se daña o corre peligro, en el instante en que se actualiza el daño o peligro. El calificativo de instantáneo no se refiere a los efectos que produce, sino a la naturaleza de la acción que provoca el resultado exigido por la ley*¹²⁰⁰.

Desde esta concepción, para considerar que el resultado delictivo es instantáneo no importa que éste se obtenga de una o de múltiples acciones; lo que realmente tiene importancia, es distinguir el llamado *momento consumativo del delito, es decir, el instante en que se produce, resalta en algunos casos de importancia fundamental, para distinguir un delito de otro*¹²⁰¹.

4.2.4.2. Delitos Permanentes.

Con la finalidad de contar con un panorama amplio acerca del concepto de delito permanente, debe recurrirse a la opinión de diversos doctrinarios.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹¹⁹⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Idem*.

¹¹⁹⁹ ARILLA BAS, Fernando, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁰⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio A., *op. cit.*, pp. 175-176.

¹²⁰¹ *Idem*.

Así, Celestino Porte Petit ha sostenido que *éste es aquel cuyo tipo se manifiesta prolongándose a través de un espacio de tiempo más o menos largo [y] cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar [, y] en los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo, se crea un ulterior estado antijurídico duradero*¹²⁰².

En opinión de Fernando Castellanos Tena, puede hablarse de delito permanente *sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos*¹²⁰³.

De esta manera, cuando se habla de delitos permanentes, permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes.

Así, en el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; requiriendo la facultad, por parte del activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

Por su parte, Rafael Márquez Piñero opina que los delitos permanentes *son aquellos en los que la violación jurídica continúa ininterrumpidamente después de la consumación*¹²⁰⁴.

En concepto de Fernando Arilla Bas el delito es permanente cuando *la consumación se prolonga temporalmente, sin solución de continuidad, pues la ruptura de ésta, crearía la hipótesis del delito continuado*¹²⁰⁵.

En opinión de dicho autor, la conducta característica del delito permanente es bifásica, ya que tiene una fase comisiva y omisiva, según los casos, realizadora de la consumación y exclusivamente omisiva, consistente en no hacer cesar la prolongación de la consumación; sin embargo, el sujeto debe hallarse en aptitud de hacerla cesar sin hacerlo, pues de lo contrario, no le sería imputable¹²⁰⁶.

¹²⁰² PORTE PETIT, Celestino, *op. cit.*, p. 385.

¹²⁰³ CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁰⁴ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Idem*.

¹²⁰⁵ ARILLA BAS, Fernando, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁰⁶ *Idem*.

De esta manera, el delito permanente puede ser comisivo, omisivo o comisivo por omisión; y su esencia no radica en la realización de la conducta que, en principio, puede revestir cualquiera de dichos modos, sino en la prolongación temporal de aquella; de ahí que las acciones y omisiones descritas en los tipos pueden o no, de acuerdo con su naturaleza, concebirse como susceptibles de prolongación temporal, de manera que cualquier comportamiento del sujeto, posterior al momento inicial de la consumación, constituya el mismo delito.

Puede concluirse, sobre el particular, que el delito permanente se distingue del delito instantáneo con efectos permanentes; pues todo delito produce, en efecto, resultados antijurídicos; y, cuando dichos resultados constituyen consumación se está en presencia de un delito permanente, pero cuando no puedan calificarse como tales, por ser posteriores, existirá un delito instantáneo con efectos permanentes.

Octavo A. Orellana Wiarco propone que el delito es permanente cuando el tipo, por la forma en que se encuentra descrito, señala que el bien jurídico tutelado se ve afectado por la conducta del activo en un lapso de tiempo más o menos prolongado, de tal suerte que durante todo el tiempo que se prolongue se considera que el delito se está agotando; considerándose entonces que en este tipo de delitos, la acción y su resultado tienen una continuidad temporal; no se trata de un efecto del delito -delito instantáneo con efectos permanentes- sino de la ejecución propia del delito¹²⁰⁷.

De esta manera, los elementos del delito permanente resultan ser: una conducta activa o acción, y una consumación que se prolonga en el tiempo. El delito cesa una vez que el sujeto pasivo se ve liberado de la acción del activo y recobra el disfrute del bien jurídico tutelado.

Finalmente, Eugenio Raúl Zaffaroni señala que en el *delito permanente*, todos los actos que tienen por objeto mantener el estado consumativo presentan una unidad de conducta; aludiendo como ejemplo el caso de todos los movimientos realizados para mantener privado de libertad al secuestrado, son una unidad de conducta¹²⁰⁸.

¹²⁰⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, 5ª ed., México, 2011, p. 177.

¹²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al*, *Ibidem*.

4.2.4.3. Delitos Continuados.

Finalmente, el delito continuado puede ser conceptualizado como aquél en el que se dan varias acciones y una sola lesión jurídica.

Castellanos Tena sostiene que éste es *continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución*. Se dice que el delito continuado consiste: 1º *Unidad de resolución*; 2º *Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución)*; y, 3º *Unidad de lesión jurídica*; citando como ejemplo, el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta¹²⁰⁹.

Este tipo de antijurídico, según Marco Antonio Terragni, se caracteriza por constituir una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, subordinados entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva¹²¹⁰; de esta manera, existen algunos tipos penales en los que la repetición de las conductas típicas no implica un concurso real, *sino un mayor choque de la conducta típica contra el derecho, es decir, un mayor contenido de injusto de la conducta*¹²¹¹.

Por su parte, en opinión de Miguel Ángel Almeyra, cuando concurren varios hechos que son dependientes, estamos frente al llamado delito continuado, que se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito; así, objetivamente puede observarse la existencia de una repetición en la afectación del bien jurídico, así como una homogeneidad en los medios de comisión de los actos que lesionan un mismo bien, mientras que en el aspecto subjetivo, surge la presencia de un dolo unitario o total o un designio criminal común que da clara cuenta de la unidad de finalidad en el accionar¹²¹².

Finalmente, para Carlos Creus, el delito continuado representa una hipótesis de pluralidad de hechos en la que la punibilidad se establece como si

¹²⁰⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Ibidem*.

¹²¹⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 653.

¹²¹¹ *Idem*.

¹²¹² ALMEYRA, Miguel Ángel, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Volumen 1, La Ley, Argentina, 2011, p. 262.

fuese un hecho único; diferenciándose del concurso ideal porque en él los distintos hechos responden a una homogeneidad típica y del concurso real porque los distintos hechos no se presentan como independientes¹²¹³.

Así, en el delito continuado los hechos –que deben ser plurales, discontinuos y dependientes entre sí- considerados autónomamente, tienen idoneidad típica, lo que significa que, de no conjugarse en el delito continuado por su dependencia, podrían constituir una hipótesis de concurso real.

Sin embargo, para que los eventos plurales resulten dependientes, tienen que asumir un determinado grado de homogeneidad, referido a la tipicidad, lo cual implica homogeneidad de bienes jurídicos afectados y homogeneidad de las “formas” del ataque a ellos, es decir, de las distintas acciones.

En cuanto a lo primero, el bien jurídico afectado por cada uno de ellos tiene que ser de la misma especie; en cuanto a lo segundo, si bien no se requiere que todas las acciones se adecuen estrictamente a un mismo tipo, sí se requiere que, por lo menos, se trate de acciones con “formas comunes” de varios tipos.

Además, uno de los presupuestos del delito continuado es que los distintos hechos que lo constituyen sean “discontinuos”, es decir, que tienen que estar temporalmente separados, asumir “consumaciones” independientes, no darse como prolongación de una misma consumación producida en el tiempo sin solución de continuidad, porque ésta es la hipótesis del delito permanente.

En resumen, este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

4.2.4.4. Conceptualización Normativa.

El código penal español no contiene una descripción normativa de los delitos instantáneos, permanentes o continuados; aunque sí hace alusión a estas dos últimas categorías en distintos preceptos¹²¹⁴.

Por su parte, en la legislación sustantiva penal michoacana, se contiene una conceptualización de este tipo de delitos.

¹²¹³ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, 5ª ed., Argentina, 2012, pp. 286-287.

¹²¹⁴ *Vid.* Arts. 74, relativo a la reglas especiales de aplicación de las penas; y, 132, que regula las causas que extinguen la responsabilidad criminal, en tratándose de delitos permanentes o continuados.

Así, en el código penal de 1980, el artículo 8º prevé lo siguiente al respecto:

“Artículo 8º. *El delito es:*

- I. *Instantáneo, cuando la consumación se agota en el preciso momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos;*
- II. *Es permanente, cuando la consumación se prolonga durante un tiempo indeterminado; y,*
- III. *Es continuado cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal, en perjuicio de la misma víctima”.*

En el código penal de 2015, esta conceptualización puede ser apreciada en el artículo 19, que es del tenor siguiente:

“Artículo 19. Delito instantáneo, permanente y continuado. *Atendiendo al momento de la consumación del resultado típico, el delito puede ser:*

- I. *Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos del tipo penal;*
- II. *Permanente, cuando se viola el mismo precepto legal y la consumación se prolonga en el tiempo; o,*
- III. *Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”.*

En ambos casos, la definición normativa de los delitos instantáneos, permanentes y continuados resultan ser afines; únicamente amerita acotarse que en la legislación sustantiva penal de 2015, el órgano creador de la norma optó por adoptar como criterio de distinción, el del momento de la consumación del resultado típico.

Así, puede concluirse que el delito es instantáneo cuando su consumación se agota en el mismo momento en que se configuran los elementos del tipo penal; permanente, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, violándose el mismo precepto legal; y, finalmente, cuando los elementos de un mismo tipo penal se concretan con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad del sujeto pasivo.

4.2.4.5. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal Español.

Como se ha indicado con anterioridad, la violencia familiar se encuentra contemplada en los artículos 153.2 y 173.2 del código penal español.

De este enunciado normativo se desprende que el tipo penal que se contiene en él, alude a dos hipótesis distintas.

La primera cuenta, como se ha analizado previamente, con los elementos constitutivos que se detallan a continuación:

- A)** la causación –por cualquier medio– de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión;
- B)** que la pasivo sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al activo por una relación análoga de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Por su parte, la segunda de las hipótesis típicas aludidas en el precepto en mención contiene los siguientes supuestos:

- A)** la causación, por cualquier medio, de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión;
- B)** que el sujeto pasivo sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del propio Código Penal, es decir, descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como persona sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De la integración normativa de ambas hipótesis puede advertirse que encuadran con las características doctrinarias de un delito instantáneo, ya que bastará con la ejecución de hechos positivos o actos (de cualquier característica) y que éstos produzcan un menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito por la ley penal, para que se configure el tipo como tal; o bien, que se efectúe la acción de golpear o maltratar al pasivo de obra, sin causarle lesión, para que se genere el mismo resultado.

En esa tesitura, el resultado dañoso o el peligro al bien jurídico tutelado puede producirse con un solo acto o con varios, pero bastará su configuración para que el tipo se materialice.

Ahora bien, en el contexto normativo español, el tipo de violencia familiar también se encuentra regulado en el artículo 173.2 del Código Penal.

Respecto de la descripción que hace el dispositivo señalado, puede derivarse que sus elementos constitutivos, también ya examinados con anterioridad en el contexto de este mismo capítulo, son los siguientes:

- 1) Que el activo ejerza violencia física o psíquica sobre el pasivo;
- 2) Que el dicha conducta tenga la calidad de *habitual*;
- 3) Que entre el sujeto activo y pasivo exista o haya existido alguno de los siguientes tipos de relación:
 - a. conyugal;
 - b. relación de afectividad análoga;
 - c. descendiente;
 - d. ascendiente;
 - e. hermano por naturaleza, adopción o afinidad;
 - f. cualquier otra por la que se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar.
 - g. O bien, que se trate de menores o incapaces que convivan con el activo o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho; o, en su caso, que el agraviado se encuentre sometido a la custodia o guarda en centros públicos o privados, encontrándose en situación de especial vulnerabilidad

En este caso, el delito de violencia familiar puede ubicarse como dentro de los de carácter continuado, desde el punto de vista doctrinario.

Ello es así, porque el tipo prevé como requisito *sine qua non* para su materialización el de la habitualidad de las conductas; es decir, amerita existir pluralidad de actos consistentes en el ejercicio de violencia física o psíquica; requiriéndose, además, por la propia naturaleza del delito, que exista unidad de propósito delictivo e identidad del sujeto pasivo.

4.2.4.6. La Consumación del Delito de Violencia Familiar en el Código Penal de Michoacán.

Por su parte, en el Código Penal de Michoacán, la violencia familiar se encuentra contemplada en el artículo 224 bis, cuyo contenido ya ha sido descrito *in toto*.

Acorde con la descripción típica, los elementos integradores del delito de violencia familiar en Michoacán, ya examinados anteriormente, son los siguientes:

- 1) Que el sujeto activo lleve a cabo conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona;
- 2) Que, entre el sujeto activo y el pasivo, exista alguno de los siguientes tipos de relación:
 - a. vínculo matrimonial;
 - b. de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil;
 - c. concubinato;
 - d. de pareja o familiar de hecho;
 - e. custodia, protección o cuidado;
 - f. tutela o curatela;
 - g. no teniendo la calidad de concubinato, hagan vida en común dentro o fuera de domicilio familiar.

En este caso, para categorizar al tipo de violencia familiar al que alude el precepto legal antes referido, amerita recurrirse a la descripción que se contiene en el numeral 19 del mismo ordenamiento.

Acorde con su contenido, el delito en cita no puede ser considerado como instantáneo, ya que para su consumación se requiere de la ejecución de varias conductas, no de una sola, por lo que aquella no puede agotarse con una sola de ellas.

Tampoco puede estimarse permanente, porque la existencia de varias conductas de agresión física, psicológica, patrimonial o económica hacia el agraviado, no implica la prolongación de la consumación en el tiempo; sino un requisito indispensable para la configuración del tipo penal.

Entonces, puede sostenerse que en el caso del Estado de Michoacán, el delito de violencia familiar tiene la calidad de continuado, porque la pluralidad de conductas como las antes mencionadas, implican una unidad de propósito delictivo, y cuando se hace víctima de ellas a un mismo pasivo, concretan el tipo en sí mismo.

4.2.5. *Excursus*: El Delito de Violencia Familiar, ¿Ley Penal en Blanco?

Al hilo de las reflexiones en torno a la regulación del delito de violencia familiar tanto en Michoacán como en España, es conveniente determinar si la configuración de dicho injusto en ambos ordenamientos jurídicos abre la posibilidad de que se trate de leyes en blanco.

Para ello, debe recordarse que, desde el punto de vista clásico, el delito ha sido conceptualizado como *la acción típicamente antijurídica, culpable y punible*¹²¹⁵; así lo han concebido distintos tratadistas¹²¹⁶.

Acorde con esta noción generalmente aceptada, la noción de delito se encuentra integrada por distintos presupuestos: conducta; tipicidad; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; y, punibilidad.

La comprensión del concepto de “ley penal en blanco” amerita detenernos un poco en la comprensión del presupuesto relativo a la tipicidad.

Éste ha sido definido como la *adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto*¹²¹⁷; también como la *adecuación de*

¹²¹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, Porrúa, 35ª ed., México, 1995, p. 129.

¹²¹⁶ Entre ellos: MEZGER, Cuello Calón, JIMÉNEZ DE AZÚA, Ernesto Beling, entre otros.

¹²¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 168.

*un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal*¹²¹⁸, y como *la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal*¹²¹⁹.

Como puede advertirse, todas y cada una de estas concepciones se refieren a la adecuación de una conducta a una previsión normativa; es decir, a un tipo.

Ello implica que existe una relación indisoluble entre la tipicidad y el tipo; por ende, este trabajo no puede sustraerse a la conceptualización de este último.

El tipo penal ha sido definido como *la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva*¹²²⁰; y, como *la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal*¹²²¹.

Como puede advertirse, se trata de nociones coincidentes: el tipo penal es la descripción de una conducta que la ley considera como prohibida.

A este respecto, no debe soslayarse que cuando el legislador identifica ciertos bienes que estima esenciales para la sociedad y considera que algunas conductas los afectan en forma grave, siendo el derecho penal el único mecanismo eficaz para evitar su comisión, se realiza un ejercicio de abstracción para crear tipos penales, que se consideran *construcciones lingüísticas conformadas por oraciones que describen las constantes genéricas de un hecho para ser considerado como prohibido y la sanción a imponer a quien la realice*¹²²².

De esta manera, el tipo penal es una construcción normativa que el órgano encargado de crear la ley, lleva a cabo en el ámbito del derecho penal, describiendo aquellas conductas que se estiman prohibidas y la sanción que corresponde aplicar a ellas; con la finalidad de tutelar bienes que la sociedad estima relevantes.

¹²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch Libros, 8ª ed., Valencia, 2010, p. 251.

¹²¹⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, *Derecho Penal*, Oxford, 2ª ed., México, 2000, p. 56.

¹²²⁰ *Idem*.

¹²²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco *et al*, *op. cit.*, p. 251.

¹²²² DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General (Conceptos, Principios y Fundamentos del Derecho Penal Mexicano Conforme a la Teoría del Delito Funcionalista Social)*, Porrúa, 3ª ed., México, 2008, p. 185.

La relevancia de los conceptos de tipo y tipicidad se encuentra determinada por el hecho de que guardan íntima vinculación con el principio de legalidad en el ámbito penal, previsto en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es del siguiente tenor:

“Artículo 14. [...]

[...]

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

[...]”.

Respecto a este principio, la Constitución española de 1978 establece, en su artículo 25, lo siguiente:

“Artículo 25 Principio de legalidad penal

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. [...]”.

Este principio, se traduce en un derecho humano a favor de las personas, identificado como derecho a la legalidad en el ámbito del derecho penal.

En el ámbito interamericano, el mismo encuentra consonancia en el ámbito internacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²²³, que refiere:

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. [...]”

Este derecho ha sido identificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el principio de máxima taxatividad legal, y exige que las acciones

¹²²³ Adoptada en San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981, por adhesión. Entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981. Publicación en el *DOF* de su promulgación: 7 de mayo de 1981.

y omisiones criminales sean definidas *con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles*¹²²⁴.

De esta manera, es prerrogativa de las personas que la tipificación de un delito se formule en forma expresa, precisa, taxativa y previa, *ya que la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trate de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad*¹²²⁵.

En esa tesitura, puede coincidirse con Francisco Muñoz Conde, cuando señala que el tipo penal tiene una triple función:

- a) Una función *seleccionadora* de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de *garantía*, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función *motivadora* general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, aquellos se abstengan de realizarla.

Noción que resulta válida si se parte de la premisa de que, a través del establecimiento de los tipos penales, el cuerpo legislativo actúa en forma selectiva; de una pluralidad de conductas que pueden presentarse en el conglomerado social, escoge algunas a las que otorga el estatus de penalmente relevantes, procediendo luego a describirlas a través de expresiones lingüísticas, con mayor o menor acierto, en forma abstracta y general.

Por otro lado, acorde con lo establecido en los preceptos constitucionales y convencional antes referidos, la necesidad de prever tipos precisos constituye un derecho de todas las personas; de ahí que resulte indispensable que la

¹²²⁴ *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de Noviembre de 2009, Serie C No. 207, párr. 55; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de Mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 121.

¹²²⁵ *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 63.

tipificación de un delito deba formularse en forma expresa, taxativa y previa; pues en caso de ambigüedad, se genera un estado de incertidumbre jurídica en perjuicio de los destinatarios de la norma.

Además, no debe soslayarse que en el ámbito del derecho penal, la conducta desplegada por el sujeto activo debe encuadrar en forma exacta con la figura típica prevista en el legislador, con la finalidad de estar en aptitud de aplicar la sanción prevista para ella; esta es la base de la noción *nullum crime sine lege*, es decir, que sólo los hechos tipificados en la ley como delitos, pueden ser considerados como tales.

De esta manera, ningún hecho, por antijurídico que se llegara a considerar, puede llegar a la categoría de delito si no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción que se contiene en una norma penal.

El tipo es, una imagen conceptual, que cumple una función de garantía en la medida que su construcción normativa establezca una conducta que cumpla con los requisitos de generalidad, abstracción, precisión y taxatividad; debiendo prever además la sanción imponible a quien incurra en ella.

Así, se trata de un derecho que debe ser garantizado por el Estado, a través de los cuerpos legislativos en su labor de creación normativa; o bien, mediante las decisiones judiciales, cuando se advierta que el tipo adolezca de ambigüedad o imprecisión, ejerciendo su control constitucional o convencional, concentrado o difuso, según sea el caso.

Finalmente, también es acertado estimar que el tipo tiene una función motivadora, o como la identifica Enrique Díaz-Aranda, una “llamada de atención o de advertencia”¹²²⁶, dirigida al ciudadano para que evite cometerla y pueda cumplir con una función de prevención, siempre y cuando sea aplicada por los órganos encargados de impartir justicia; de esta manera, podrá persuadirse a los individuos que iba a realizar la conducta descrita en el tipo para hacerlo retroceder en su decisión por el temor a ser sancionado; noción que además tiene relación con la necesidad de que la previsión típica resulte previa a la comisión de la conducta; es decir, el individuo solo podrá ser sancionado penalmente por la comisión de las conductas típicas previstas en una ley

¹²²⁶ DÍAZ-ARANDA, Enrique, *op. cit.*, p. 186.

anterior, circunstancia en la que se hace descansar la garantía de irretroactividad de la ley.

Cuando se trata de una previsión típica, lo deseable es que sea lo suficientemente precisa; empero, en su configuración llegan a presentarse fenómenos que hacen compleja la aplicación de la norma pena, tal es el caso de los tipos abiertos y las normas penales en blanco.

4.2.5.1. Ley Penal en Blanco. Aproximación Conceptual y Aplicación a los Casos de Estudio: España y Michoacán.

Habiéndose hecho referencia a la naturaleza jurídica del tipo penal así como a sus alcances y significaciones, es pertinente llevar a cabo el estudio atinente a la ley penal en blanco, también identificada como ley penal abierta.

En general, los tipos penales que se tipifican en el Código Penal del Estado de Michoacán y en el Código Penal Español, contienen en su descripción típica lo que implica la previsión de supuestos de hecho que determinan la prohibición de determinadas conductas y, por otra parte, la consecuencia jurídica, esto es, la sanción punitiva prevista para su configuración.

Empero, no debe olvidarse que la norma penal debe reunir condiciones de abstracción y generalidad; y, por eso mismo, debido a la complejidad de la materia, la disposición normativa puede contener solo una sanción y, al aludir a la conducta, remitirse a una norma diversa.

De esta manera, puede señalarse que en el derecho penal especial se encuentran con frecuencia leyes penales en blanco; entendiéndose por éstas, aquellas leyes que únicamente recogen la amenaza penal, remitiéndose en cuanto al contenido de la prohibición a otras leyes, reglamentos e incluso a actos administrativos que, de modo independiente, tienen distinta procedencia de órgano y tiempo.

En ese tipo de casos, debe diferenciarse entre norma sancionadora y norma complementaria; de manera tal que el tipo de la ley penal en blanco, solo puede configurarse en forma plena recurriendo a la norma complementaria.

Aunque, originalmente, ninguna norma que no sea el Código Penal, puede tipificar conductas constitutivas de delitos; sí es factible que la previsión que se contiene en dicho ordenamiento solamente alude a la consecuencia jurídica que

resultaría aplicable, remitiendo para describir a la conducta típica a otro tipo de norma, que puede ser del mismo rango y origen, o bien, de uno distinto: es decir, el propio Código Penal, una Ley Federal, o incluso un Reglamento.

Sobre este punto, debe recordarse que el artículo 14 de la norma fundamental mexicana, alude a los derechos de legalidad y exacta aplicación de la ley penal a favor de las personas; prerrogativas que indudablemente responden, como se ha dicho, al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que proscribe la analogía o la mayoría de razón en la imposición de penas por delitos.

En cuanto a la prerrogativa de exacta aplicación de la ley penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la misma no se limita a los actos de aplicación de la norma penal, sino que comprende también a la propia norma que se aplica.

Por lo tanto, atendiendo a dicha prerrogativa -que es análoga en lo esencial con el artículo 25 de la Constitución Española y al numeral 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, la norma penal debe quedar redactada de tal manera, que los elementos que integren al tipo sean claros, precisos y exactos.

Esto implica que el órgano legislativo no puede sustraerse a la obligación de establecer en las leyes penales conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado.

En esa tesitura, cuando la ley carezca del requisito de certeza resultaría violatoria del derecho establecido en el numeral 14 constitucional.

Además, no debe olvidarse que el principio de legalidad penal constituye un límite externo al ejercicio del *ius puniendi* del Estado; lo anterior se corresponde con la noción de un Estado liberal de derecho, conforme a la cual, pretende procurarse a las personas no solamente una simple garantía de seguridad jurídica, representada por la exigencia de predeterminación normativa de lo punible, sino de libertad, al condicionar taxativamente el catálogo de delitos y penas a la decisión de una instancia democráticamente constituida, como lo es

el Poder Legislativo, quien funciona como freno ante los posibles abusos de los Poderes Ejecutivo y Judicial.

De ahí entonces que el principio de legalidad en materia penal exija, a su vez, la reserva absoluta de la ley en sentido formal y material, así como la taxatividad en la descripción de los tipos penales, para que la ley proporcione certeza jurídica en cuanto a las conductas cuya comisión pueden traer consigo la privación y restricción de la libertad individual.

En cuanto al principio de reserva absoluta de la ley, amerita tenerse en cuenta que no existe pena ni delito si no existe previamente una ley que los establezca, es decir, para que una conducta o hecho determinado pueda ser considerado como delito y, por tanto, motivo de aplicación de una pena, es indispensable una ley que repute ese hecho o conducta como tal.

Por esa razón, la función legislativa en materia penal se encuentra reservada al poder legislativo; y en ella no pueden inmiscuirse los órganos judicial y ejecutivo; por tanto, puede concluirse que del origen y significado democrático del principio de legalidad penal y de su función limitadora del *ius puniendi* se desprende la necesidad ineludible de que únicamente la ley, entendida en sentido formal y material, sea fuente de delitos y penas.

En relación al principio de taxatividad, debe decirse que se trata de una garantía o exigencia que deriva del principio de legalidad, la que se encuentra íntimamente ligada al principio de tipicidad, que se traduce en la necesidad de predeterminación normativa suficiente de los ilícitos y de sus consecuencias jurídicas.

Se trata, en realidad, de un requisito inherente a esa tarea de definición de las distintas conductas que se estiman merecedoras de sanción que, por imperativo del principio de reserva absoluta de ley, está atribuida en exclusiva al legislador democrático.

Pero, además, resulta imprescindible para que las normas penales puedan cumplir una función motivadora en contra de la realización de delitos, pues mal se puede evitar aquello que no se tiene posibilidad de conocer. En consecuencia, la característica de taxatividad supone una exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocido por las personas, lo que es objeto de prohibición.

Con la finalidad de garantizar debidamente la seguridad jurídica no resultaría suficiente con tipificar en forma confusa e indeterminada que llevara a las personas a tener que efectuar labores de interpretación, y así conocer lo que les está permitido y lo que no.

De esta manera, es esencial a toda previsión típica que sea lo suficientemente clara y precisa como para permitirles programar su comportamiento sin temor a verse sorprendidos por sanciones que en modo alguno pudieron prever. En este aspecto, lo que está proscrito es que la norma penal induzca a errores o los favorezca con motivo de su deficitaria o atormentada formulación.

Ahora bien, los tipos penales en blanco resultan ser supuestos hipotéticos en los que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos, pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integrada.

Así, puede definirse a la norma penal en blanco cuando se requiera de una norma diversa para tener como ilícita la conducta reglada en el dispositivo penal, toda vez que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad, debiendo acudir, para su complemento, a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal.

Así, cuando la norma establece la penalidad aplicable y describe en términos abstractos la figura típica, ésta realmente se integra con un elemento que es determinado por separado, mediante la aplicación de una disposición jurídica distinta.

Normalmente, la disposición complementaria debe encontrarse comprendida dentro de las normas que integran el mismo ordenamiento o en sus leyes conexas, pero emitidas por el poder legislativo.

En ese caso, la ley penal en blanco no representa un problema jurídico-constitucional, resultando plenamente válida.

El conflicto resulta cuando la ley penal en blanco reenvía a otra norma que no tiene carácter de ley en sentido formal, dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de las conductas prohibidas.

En respeto al principio de reserva de ley es indispensable que tanto la conducta como la sanción se encuentren descritas en una ley en sentido formal y material; sin que resulte factible ni válido que ello ocurra, aún mediante remisión a través de la ley penal en blanco, a través de una norma reglamentaria que no emane del legislador; cuando ello ocurra, se estará frente a una norma inconstitucional¹²²⁷.

Por lo tanto, las leyes penales en blanco no son inadmisibles, aunque en su contenido se remitan a otros preceptos que todavía pueden ser desconocidos, pues al respecto opera la presunción de adecuación al derecho.

En resumen, las leyes penales en blanco aluden necesariamente a ciertos preceptos que, excepcionalmente, no expresan en forma completa, los elementos específicos del tipo, sino que se remiten a otro u otros preceptos, en vía de complementación para la determinación de aquellos elementos.

Existen 3 supuestos en que puede operar la ley penal en blanco, a saber: a) cuando el supuesto remite al mismo compendio normativo; b) cuando el supuesto remite a otro compendio normativo, de igual jerarquía; y, c) cuando el supuesto remite a uno de menor jerarquía.

A manera de ejemplificación el primero de dichos supuestos opera para el caso de Michoacán, cuando el artículo 267 del Código Penal (aún vigente en algunas regiones judiciales) establece que al responsable de homicidio calificado se impondrá una sanción privativa de la libertad de veinte a cuarenta años de prisión.

Como puede advertirse, este tipo no prevé la conducta típica; esto es, no alude a los elementos que deben reunirse para considerar que un homicidio resulta calificado; efectuando, para ello, una remisión al contenido del numeral 279 del mismo ordenamiento, que en siete fracciones, enuncia cuáles son los supuestos que pueden dar lugar a la configuración del mismo, que son comunes para las lesiones.

En el segundo supuesto pueden ubicarse los llamados delitos contra la salud, a los que alude el Código Penal Federal, en cuyo contenido se contemplan

¹²²⁷ Así se desprende del siguiente criterio jurisprudencial: Época: Novena; Registro: 170250; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Materia(s): Penal; Tesis: 1a./J. 10/2008; P.: 411; Rubro: "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL".

las sanciones aplicables, haciendo una remisión expresa a la Ley General de Salud para definir cuáles son las sustancias consideradas como ilícitas para los efectos de considerar cometida la infracción penal.

Finalmente, en su momento, el artículo 140 del Código Penal del Estado, preveía el tipo denominado “conducir vehículo de motor terrestre en estado de ebriedad”, señalando para su configuración el hecho de que el sujeto activo, encontrándose en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, cometiera alguna otra infracción a las leyes y reglamentos de tránsito al manejar vehículos de motor.

Respecto de este tipo, se advierte una remisión que el legislador efectuó a favor del Ejecutivo, al dejar la previsión de uno de los elementos del tipo, a una cuestión fáctica prevista en los ordenamientos reglamentarios, en particular, a los reglamentos de tránsito.

Habiendo aludido en párrafos previos a la descripción típica del delito de violencia familiar en los códigos penales español y de Michoacán, es pertinente analizar si respecto de cada uno de ellos opera la figura de la ley penal en blanco.

Como puede advertirse, en ambos casos, el legislador hizo uso de sus facultades de creación de la norma penal, instituyendo el tipo penal de violencia familiar que corresponde a cada uno de los entornos geográficos a que se refiere el compendio respectivo.

En el contexto penal español, la regulación normativa de la violencia familiar se contiene en los ya mencionados artículos 153 y 173.2 de su ordenamiento punitivo; aludiendo a dos hipótesis diversas.

A su vez, el mencionado precepto 153 contiene distintos supuestos. El primero se constituye de los siguientes elementos constitutivos:

- A)** la causación -por cualquier medio- de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión;
- B)** que la pasivo sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al activo por una relación análoga de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El segundo contiene los siguientes elementos:

- A)** la causación, por cualquier medio, de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito por el ordenamiento penal; o a la acción de golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión;
- B)** que el sujeto pasivo sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del propio código penal, es decir, descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como persona sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En ambos casos, el delito se verá agravado cuando se cometa en presencia de menores o mediante la utilización de armas, o cuando se verifique en el domicilio común o en el de la víctima, o cuando se quebrante una pena o una medida cautelar o de seguridad de las establecidas en el numeral 48 del código penal español.

Ahora bien, en el ya referido artículo 173.2 el legislador español previó un tipo diverso para la violencia familiar, constituido de los siguientes elementos:

- 1)** Que el activo ejerza violencia física o psíquica sobre el pasivo;
- 2)** Que dicha conducta tenga la calidad de habitual;
- 3)** Que entre el sujeto activo y pasivo exista o haya existido alguno de los siguientes tipos de relación:
 - a.** conyugal;
 - b.** relación de afectividad análoga;
 - c.** descendiente;
 - d.** ascendiente;
 - e.** hermano por naturaleza, adopción o afinidad;
 - f.** cualquier otra por la que se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar.

- g.** O bien, que se trate de menores o incapaces que convivan con el activo o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho; o, en su caso, que el agraviado se encuentre sometido a la custodia o guarda en centros públicos o privados, encontrándose en situación de especial vulnerabilidad

En los dos casos, la descripción típica no implica que se esté en presencia de una ley penal en blanco, pues el legislador definió con puntualidad los elementos constitutivos de la figura que se contempla en los dispositivos que aluden a la violencia familiar, en ambos casos; no efectuando remisión expresa o táctica a ordenamiento jurídico diverso para complementar su integración.

Por su parte, en el caso del delito de violencia familiar establecido en el código penal de Michoacán, sus elementos integradores son los siguientes:

- A)** Que el sujeto activo lleve a cabo conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona;
- B)** Que, entre el sujeto activo y el pasivo, exista alguno de los siguientes tipos de relación:
 - a. vínculo matrimonial;
 - b. de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil;
 - c. concubinato;
 - d. de pareja o familiar de hecho;
 - e. custodia, protección o cuidado;
 - f. tutela o curatela;
 - g. no teniendo la calidad de concubinato, hagan vida en común dentro o fuera de domicilio familiar.

Como puede advertirse, en ambos supuestos los elementos típicos se encuentran previstos en forma completa, en cada uno de los dispositivos que los contemplan; no efectuando remisión a norma diversa para su complementación o integración.

Por lo tanto, se considera que no se trata de normas penales en blanco.

4.2.6. El Delito de Violencia Familiar en Michoacán, y su Relación con el Delito de Lesiones Agravadas en Razón del Parentesco.

A diferencia del contexto español, en el que la posibilidad de recalificar conductas vinculadas con los maltratos habituales o la violencia familiar se encuentra excluida por la manera en que se encuentran integrados los tipos, el caso del Código Penal michoacano representa una problemática; de ahí que considere oportuno ocuparme de ella en este apartado.

Como se ha referido, el artículo 224 bis del código penal de Michoacán alude al tipo penal de violencia familiar, aludiendo en una de sus formas de comisión, a la ejecución de conductas que impliquen una agresión física hacia el pasivo, siempre que entre ellos exista alguno de los siguientes tipos de relación: a) vínculo matrimonial; b) de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; c) concubinato; d) de pareja o familiar de hecho; e) custodia, protección o cuidado; f) tutela o curatela; y, g) no teniendo la calidad de concubinos, hagan vida en común dentro o fuera de domicilio familiar.

Es decir, en la configuración del delito de violencia familiar, es factible que la agresión física desplegada por el sujeto activo produzca resultados materiales, constituidos en lesiones físicas o mentales.

Al respecto, es pertinente tener en consideración que conforme al artículo 276 del Código Penal local, el legislador estableció condiciones agravantes a la figura típica de las lesiones; particularmente cuando exista una relación de parentesco (ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, pareja o concubinario) entre sujeto activo y pasivo.

En apariencia, la previsión conjunta del tipo penal de violencia familiar y de los relativos a las calificativas de lesiones, cuando se causen existiendo una relación de parentesco entre el sujeto activo y pasivo, podría generarse un problema relacionado con el principio *non bis in ídem*, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es del siguiente tenor:

"Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo

*delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.
Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."*

Esta disposición constitucional alude al derecho humano relativo a la seguridad jurídica, conforme al cuál, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Tal prerrogativa tiene la connotación (entre otras) de prohibir que pueda imponerse a una misma conducta una doble penalidad, es decir, que sea recalificada, con lo que se evita sancionar penalmente más de una vez.

Sentado lo anterior, es pertinente tener en cuenta que entre las diversas clasificaciones de los delitos existe aquella que los distingue por su autonomía; siendo delitos autónomos los que tienen existencia por sí solos, que para su consumación no requieren la realización de otra conducta.

De esta manera, cuando se trata de conductas antijurídicas que tienen la calidad de autónomas, cada una subsiste por sí misma, con independencia una de la otra y, por tanto, su actualización en el mismo evento no podrá considerarse una recalificación de la conducta.

De un análisis acucioso de los tipos de lesiones y violencia familiar en el ordenamiento sustantivo penal local, puede advertirse que el legislador los ha dotado de autonomía o independencia.

Ello es así, existe una diferencia notable entre los elementos que constituyen a cada uno de ellos.

Por una parte, conforme al artículo 269 del código penal michoacano, las lesiones se configuran cuando se efectúa cualquier acción que altere la salud; teniendo como bien jurídico tutelado la integridad personal.

En el caso del delito de violencia familiar, sus elementos constitutivos radican en que el sujeto activo lleve a cabo conductas que agredan física, psicológica, patrimonial o económicamente a otra persona; y que, entre el sujeto activo y el pasivo, exista alguno de los siguientes tipos de relación: vínculo matrimonial; de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; concubinato; de pareja o familiar de hecho; custodia, protección o cuidado; tutela o curatela; no teniendo la calidad de concubinato, hagan vida en común dentro o fuera de domicilio familiar.

En este último caso, el bien jurídico tutelado radica en el derecho a los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia.

De ello se infiere que el núcleo del tipo de lesiones, es la alteración de la salud tanto en su aspecto físico como mental; y que el núcleo del delito de violencia familiar, es el daño a la integridad física y psicológica y, si bien éste es un elemento que pudiera estimarse común en ambos delitos, lo cierto es que los demás son distintos, lo que les da su propia autonomía.

En efecto, mientras en el delito de lesiones los sujetos activo y pasivo no son calificados, en el delito de violencia familiar sí, pues deben ser miembros del grupo familiar; además, que dichos delitos protegen bienes jurídicos distintos, el de lesiones la integridad personal y el de violencia familiar, el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia, la seguridad de la familia.

Por tanto, puede sostenerse que el legislador estableció dos delitos distintos, con características propias y, por ende, autónomos; razón por la que pueden actualizarse ambos en el mismo evento, sin que ello constituya un doble reproche o recalificación.

Sin embargo, cuando se acuse a una misma persona de la comisión de los delitos de violencia familiar y lesiones agravadas en razón del parentesco o bien, por cometerse en detrimento de un menor de edad con quien se tenga ese tipo de vínculo, el juez debe prescindir de considerar al delito de lesiones como agravado, pues en ese caso, al concurrir las mismas circunstancias y elementos típicos, sí se estaría recalificando la conducta atribuida.

En todo caso, si la conducta del inculpado actualizó el delito de violencia familiar y al mismo tiempo el de lesiones en agravio de un familiar, este último no debe considerarse como agravado, en atención a que el artículo 23 de la Constitución General de la República prohíbe la duplicidad de las sanciones por una misma conducta, pues aun cuando el delito de violencia familiar se sanciona con independencia de la que correspondiera a otro delito, ello no puede interpretarse en detrimento del aludido principio *non bis in idem*.

Ahora bien, en el caso español, la previsión establecida para regular la violencia familiar en los artículos 153 y 173.2 antes referidos alude a configuraciones que resultan compatibles; porque el primero alude a la causación de menoscabo psíquico o a una lesión no definido como delito en el propio ordenamiento penal, o bien, al acto de golpear o maltratar al pasivo, sin

causarle lesión; mientras que el segundo de los enunciados se refiere al ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre alguno de los sujetos.

Empero, esa compatibilidad no implica que ambas figuras típicas puedan coexistir en relación con los mismos hechos, ya que en el segundo de los enunciados jurídicos es indispensable la causación de una lesión jurídica, mientras que en el primero, el resultado dañoso debe implicar un menoscabo psíquico o una lesión que no esté contemplada como lesión en el código penal español, o bien, que no se causen lesiones.

4.2.7. La Pena.

En el primer párrafo del artículo 224 bis no se asigna pena alguna a quien realice la conducta mencionada; en cambio, al introducir en el siguiente el mandato de aplicar una pena de seis meses a cuatro años de prisión¹²²⁸ a quien ejecute tal comportamiento contra un grupo diverso de víctimas potenciales, ahora relacionadas con la pareja del autor, pareciera surgir una relación de interdependencia entre ambos.

En efecto, si en el segundo párrafo se alude a realizar contra un grupo diverso de sujetos la conducta prevista en el anterior y se ordena castigar “también” al agente con determinada pena, ello supone en buen español que existe al menos otra hipótesis en que ello ocurre de la misma forma¹²²⁹.

Se requiere un ejercicio de interpretación correctora¹²³⁰ para relacionar la pena contemplada en el segundo párrafo con la conducta prevista en el primero, quedando claro que la exigencia de taxatividad del principio de legalidad es ignorada por el legislador michoacano.

¹²²⁸ La redacción es como sigue: “*Se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión, también (sic) quien realice cualquiera de los actos señalados en contra de la persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona*”.

¹²²⁹ El adverbio *también* se utiliza para indicar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra *previamente* mencionada, *vid.* REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 1374.

¹²³⁰ Aparentemente la intención del legislador fue contemplar los delitos de violencia familiar y su equiparado; de otra forma, habría que admitir la inexistencia de pena para el primero, tornándolo inaplicable en razón a la prohibición contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la ley suprema mexicana, respecto a que “*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*”.

4.2.8. Concurso Aparente de Normas.

Por otro lado, resulta necesario analizar si es posible un concurso ideal¹²³¹ entre los delitos de amenazas, violación, incumplimiento de deberes de asistencia familiar, o lesiones y el de violencia familiar, toda vez que ello incide en la pena a imponer en cada caso.

Amenazar a un miembro del grupo familiar significa infundirle miedo de que se causará algún daño, ya sea directamente a él o a un tercero con el que se encuentre vinculado¹²³²; mientras que en la descripción de la violencia familiar se contempla agredir psicológicamente, lo que se traduce en la creación de un clima de zozobra que afecta a los integrantes de la familia. Entonces, la generación de ese clima adverso ocurre precisamente a través de concretos actos de intimidación que se suceden a lo largo del tiempo.

De esta forma, para sostener que con la conducta realizada se cometen dos o más delitos, es necesario elucidar cuándo existe jurídicamente unidad o pluralidad de hechos. En primer lugar, la unidad de hecho¹²³³ se establece a partir de criterios valorativos, no naturalísticos¹²³⁴; en segundo lugar, debe atenderse a la descripción típica, con lo que dependerá, según se trate de un tipo de mera actividad o de resultado material si ello incluye el resultado o sólo la conducta¹²³⁵.

Infundir reiteradamente temor a un miembro del círculo cercano de convivencia respecto a un mal inminente es subsumible en la descripción de

¹²³¹ El concurso ideal consiste en que con una conducta, se actualizan dos disposiciones normativas diversas, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 640; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otro, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 758; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 204; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 480.

¹²³² Conforme al tipo penal expresado en el artículo 233 del código penal de Michoacán: “*Se aplicarán prisión de tres días a un año y multa de cuarenta a setenta días de salario, al que valiéndose de cualquier medio, intimide a otro con causarle daño en sus bienes o en los de un tercero con el cual aquél se encuentre ligado por cualquier vínculo*”.

¹²³³ Término preferible al de “unidad de acción” porque los tipos penales pueden contemplar pluralidad de actos y sin embargo, ellos constituyen una unidad, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 634; en cambio, se considera equivalente la unidad de hecho y la unidad de acción, en MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 481.

¹²³⁴ Las opiniones se dividen en cuanto a la clase de valoración que ha de realizarse: social o jurídica. En favor de la segunda y más concretamente, a partir del tipo penal, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 633; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 479.

¹²³⁵ En este sentido, se comparte la posición de MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 634, habida cuenta de que los tipos no sólo contemplan conductas, sino en ocasiones, también modificaciones separables espacio-temporalmente de ellas; luego, sería incongruente sostener que se parte del tipo y soslayar uno de sus componentes esenciales.

“llevar a cabo conductas que agreden psicológicamente” del artículo 224 bis, toda vez que en el precepto se refiere a realizar conductas de agresión, en plural, de tal suerte que se trata de un delito permanente¹²³⁶.

En este sentido, el mantenimiento del estado contrario a Derecho creado por el autor permite la aparición del concurso con otros ilícitos¹²³⁷ como amenazas o violación, en virtud de que alguna de las conductas agresivas ejecutadas sería subsumible en la descripción “valerse de cualquier medio para intimidar a otro con causarle daño en sus bienes” contenida en el artículo 233¹²³⁸, igualmente respecto a tener cópula con una persona o introducirle alguna parte del cuerpo humano u objeto mediante la fuerza física o moral prevista en el 240¹²³⁹, ya que como se precisó, la unidad de hecho se determina en razón a la descripción legal, no en cuanto a los actos realizados, pues de ser así (seguir el criterio naturalista) todos los tipos penales de varios actos¹²⁴⁰ darían lugar al concurso de delitos, lo que es claramente absurdo.

La construcción del supuesto fáctico de violencia familiar se refiere a llevar a cabo conductas de acometimiento físico, psicológico o patrimonial, sin ser necesario que se produzca resultado material alguno y si bien nada se precisa en cuanto a que este ilícito se sancione independientemente de los demás que llegaran a actualizarse, ello no significa que el concurso no pueda existir.

En efecto, las agresiones en el plano físico, consistentes en golpes, jaloneos o bofetadas, serían típicas de lesiones¹²⁴¹, en tanto que por la

¹²³⁶ Definidos como aquellos en los que el autor origina con su conducta una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo, en razón de su voluntad, MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 227; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, op. cit., p. 315; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, op. cit., Tomo II, p. 42.

¹²³⁷ Como específicamente se sostiene en BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y otro, *Lecciones...*, op. cit., Tomo II, p. 42.

¹²³⁸ Piénsese en el caso de quien dentro de un periodo determinado de tiempo, en ocasiones golpea a sus hijos y a su pareja, habitualmente los insulta y menosprecia y en una ocasión profiere a cualquiera de ellos: “la próxima vez que me contradigas, te voy a partir la cara”.

¹²³⁹ Lo que integra el delito de violación, enunciado como sigue: “Se impondrá de cinco a quince años de prisión y multa de cien a mil días de salario, a quien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula o introduzca vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo humano o instrumento material, a una persona independientemente de su sexo. [...] Para los efectos legales de este Título, se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo de la víctima vía vaginal, anal u oral.”

¹²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, op. cit., p. 229; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso...*, op. cit., p. 310; MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho...*, op. cit., p. 278, bajo la denominación de complejos.

¹²⁴¹ Previstas en el artículo 269 del código penal michoacano: “Lesión es toda alteración en la salud producida por una causa externa”.

relación con la víctima, se actualizaría una agravante¹²⁴²; no obstante, el juicio de desvalor basado en el vínculo entre el autor y su víctima ya se encuentra recogido en el ilícito de violencia familiar, impidiendo que el artículo 276 sea aplicable sin violar el principio *ne bis in idem*¹²⁴³.

La existencia de concurso entre los delitos de lesiones y violencia familiar, aunque a partir de las legislaciones de los estados de Nuevo León y Puebla, así como del Distrito Federal, ha sido confirmada por el más alto tribunal mexicano a partir de su autonomía, ya que en los preceptos correspondientes¹²⁴⁴ se precisa que además del delito de violencia familiar puede actualizarse otro, o bien, que la sanción de aquél se incrementarán o serán aplicadas independientemente de las establecidas para los demás; y si bien tanto en la violencia familiar como en las lesiones aparece como elemento común el daño a la integridad física y psicológica, los demás elementos son distintos, ya que pues mientras en el de lesiones los sujetos activo y pasivo no son calificados, en el delito de violencia familiar sí, habida cuenta de que deben ser miembros del grupo familiar; además, tutelan bienes jurídicos diversos: el de lesiones la integridad personal, el de violencia familiar el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia; razones por las cuales ambos pueden realizarse en el mismo evento, sin que ello constituya un doble reproche o una recalificación de la conducta¹²⁴⁵.

En cuanto a los argumentos de la Primera Sala de la Suprema Corte, debe precisarse que en el ordenamiento penal michoacano no se contiene la cláusula concursal contenida en los códigos de Puebla, Nuevo León y el Distrito Federal; empero, ello en nada afecta a la autonomía de ambos tipos, ya que en principio, el de lesiones se integra por elementos distintos al de

¹²⁴² Prevista en el artículo 276 del código penal de Michoacán como sigue: “*Si el ofendido fuere ascendiente, descendiente, pupilo, cónyuge o concubino del autor de las lesiones y éstas fueren causadas dolosamente, se aumentará hasta cinco años de prisión la sanción que correspondería con arreglo a los artículos precedentes y multa hasta de doscientos días de salario*”.

¹²⁴³ En la tesis aislada emitida por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Tribunales Colegiados de Circuito, Julio de 2008, Tesis I.9o.P.71 P, p. 1911, Registro 169162, se afirma la existencia de un concurso de normas, y se concluye que la circunstancia agravante del delito de lesiones por el parentesco o vínculo entre los sujetos, debe quedar “subsumida” en el delito de violencia familiar, ya que la primera sólo refuerza el interés del legislador en la tutela de la salud física de las personas, mientras que el segundo tiene como propósito fundamental la sana convivencia familiar.

¹²⁴⁴ Artículos 287 bis cuarto párrafo, 284 ter segundo párrafo, y 200 segundo párrafo, respectivamente.

¹²⁴⁵ Jurisprudencia por contradicción de tesis 59/2014 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 28 de agosto de 2014.

violencia familiar: en el primero se exige la alteración de la salud, convirtiéndolo en un tipo de resultado material mientras que el de violencia familiar es de mera actividad; el tipo de lesiones tiene a la indemnidad personal o la salud como objeto de tutela, en cambio, en la violencia familiar es la armonía en las relaciones familiares; el tipo básico de lesiones es de sujeto común, el de violencia familiar es especial; finalmente, si bien el de lesiones es un tipo instantáneo, de manera que se consuma al momento de realizarse el último acto de ejecución, bastando una sola conducta para actualizarlo, en tanto que en el de violencia familiar se alude a pluralidad de conductas, nada impide que una de ellas consista en ejercer violencia física con resultado de menoscabo a la salud de la víctima.

Adicionalmente, no existe un concurso aparente de normas, toda vez que el tipo de lesiones no es abarcado en su totalidad por el delito de violencia familiar: falta la relación de necesidad entre este último y aquél, o sea, que para cometer violencia familiar, resulte indispensable realizar el de lesiones, pues se contemplan diversas clases de agresiones sin exigir resultado material alguno, con lo que las vejaciones, amenazas, o hasta la privación de recursos económicos pueden integrarlo; el principio de especialidad resulta por ello inaplicable.

Tampoco se trata de que un precepto desplace a otro debido a que por sí solo incluya el desvalor del absorbido; en el delito de lesiones el desvalor de la conducta consiste en el riesgo que la conducta supone, desde una perspectiva *ex ante* no sólo para la salud de la víctima, sino incluso para su vida, el desvalor del resultado deriva del menoscabo a la indemnidad personal.

En el delito de violencia familiar el desvalor de la conducta se aprecia por la creación de un clima de desasosiego, el sometimiento de la víctima a un proceso de desvalorización, en tanto que el desvalor del resultado aparece por la afectación de las relaciones entre los miembros de la familia, haciéndolas insoportables y carentes de amor o mutua asistencia. Luego, no procede aplicar el principio de consunción.

4.2.9. Postura Personal y Propuesta de *Lege Ferenda* al Tipo Penal de Violencia Familiar en España y Michoacán (México).

En este trabajo de investigación se ha analizado, desde distintas aristas, el concepto de familia y el rango de protección que ha adquirido el desarrollo de las relaciones que se generan entre sus integrantes.

Efectuado el estudio correspondiente, puede convenirse que en las comunidades indígenas que se desarrollaron en el que ahora es el territorio mexicano, la estructura familiar atendía a un modelo esencialmente patriarcal, en el que el papel del varón resultaba preeminente sobre la mujer y los descendientes; no solamente en las relaciones productivas sino, en lo que interesa a este trabajo, en las que correspondían al ámbito interno de los hogares.

Este modelo no sufrió modificación con motivo de la colonia; antes bien, se vio reforzado con la adopción de las costumbres que permeaban esa época en España y con la implementación de las instituciones jurídicas de la metrópoli.

De esta manera, se vieron institucionalizadas a lo largo del tiempo, el carácter de supra-subordinación en dos ámbitos: en el entorno estrictamente familiar y en lo relativo a las relaciones entre géneros.

El Estado de Michoacán no se vio excluido de este fenómeno, al ser parte de un mismo contexto sociocultural; de esta manera, al igual que en todo el país, el modelo patriarcal en el desarrollo de las relaciones familiares y entre hombres y mujeres dio lugar a la previsión de normas que lo evidenciaban.

A manera de ejemplo puede aludirse al hecho de que, hasta el año 2001 en esta entidad federativa mexicana, los hechos constitutivos de maltrato o violencia al interior de las familias correspondían al ámbito estrictamente privado, por lo que el Estado no tenía injerencia en el mismo; de igual modo, en relación a la diferencia de trato entre géneros, la propia norma institucionalizó la discriminación, ya que hasta ese momento la mujer casada requería de autorización judicial para contratar con terceros o con su propio cónyuge.

La previsión de estas figuras encontraba justificación en un pretendido afán protector por parte del Estado a favor de las mujeres, procurando que cuando éstas quisieran efectuar actos jurídicos requirieran de la vigilancia de la autoridad jurisdiccional y del consentimiento de su esposo; mecanismo que, a

todas luces, resultaba no solamente diferenciador sino, a la luz de la actual evolución jurídica, evidentemente discriminatorio.

Lo mismo ocurría en el ámbito del derecho penal, en el que la violación entre cónyuges no era considerada como tal, sino como el ejercicio indebido de un derecho¹²⁴⁶.

La modificación de este contexto se vio determinada no solamente por la evolución social que condicionó que las mujeres desarrollaran actividades productivas que les generaron ingresos propios, lo que disminuyó la dependencia económica que, es sabido, venía condicionando la tolerancia a actos de violencia, agresión o maltrato al interior de la familia y la relación de supra-subordinación a que se ha hecho referencia.

Un factor adicional al respecto puede ser localizado en el proceso de transformación que ha venido permeando cada vez más en Iberoamérica, a partir del desarrollo de los derechos humanos; y particularmente con el reconocimiento en sede constitucional (tanto en España como en México) y en los tratados internacionales de la prerrogativa de las personas a que su dignidad sea respetada, así como al libre y adecuado desarrollo de la personalidad, lo que conlleva vivir en un entorno familiar libre de violencia.

Aunado a lo anterior, en la comunidad internacional se adoptaron distintos instrumentos internacionales focalizados en grupos considerados como vulnerables, a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

En ellos se reconoció el derecho de las niñas y niños, así como de las mujeres a vivir en un entorno familiar libre de violencia; imponiéndose a los Estados parte el deber de adoptar las medidas legislativas que dieran contenido y materializaran tales prerrogativas.

¹²⁴⁶ Siendo hasta 1994, con la resolución de la contradicción de tesis 5/92, que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia obligatoria para abandonar esta visión, produciéndose la tesis que se refiere enseguida: “Violación entre Cónyuges, sino de Ejercicio Indebido de un Derecho. No Configuración del Delito de”, Octava Época; Registro: 390250; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Apéndice de 1995; Tomo II, Parte SCJN; Materia(s): Penal; Tesis: 381; p. 210.

Esta evolución condicionó que en distintas latitudes, particularmente en Iberoamérica, se pusiera especial atención a la forma en que la legislación venía tratando los fenómenos vinculados con la violencia familiar y la violencia de género; dándose lugar a una corriente que pretendió modificar el escenario que se presentaba a nivel social y cultural.

Al respecto, puede convenirse en que el reconocimiento de estos fenómenos en sede normativa, no daría lugar (por sí mismo) a la variación del entorno, ya que al estar condicionado éste por un *status quo* definido, se requiere de un proceso de modificación cultural, educativa y social que requiere normalmente de décadas y cuyos efectos no pueden percibirse inmediatamente.

No obstante ello, atendiendo al proceso evolutivo al que se ha hecho referencia y a los compromisos internacionales adoptados por nuestro país, el Estado Mexicano debía responder a ambos fenómenos en el ámbito legislativo.

En el caso de España, el reconocimiento normativo-penal a este fenómeno¹²⁴⁷ puede percibirse en el artículo 425 del Código Penal de 1973, en el que por primera vez se aborda el tema; catálogo normativo que se vio sustituido por el que actualmente se encuentra en vigor y que, en torno al tipo de violencia familiar, fue modificado a través de las Leyes Orgánicas 10/1995, 14/1999, 11/2003 y 1/2015.

Por cuanto se refiere a la violencia de género, fue la Ley Orgánica 1/2004 la que introdujo el tratamiento jurídico penal a dicho fenómeno, que tuvo como motivo para su adopción el hecho de que la violencia dirigida contra las mujeres por el hecho de serlo, se considerara atentatorio contra los derechos a la vida y a la integridad física y moral consagrados en la Constitución, así como en razón de la alta incidencia de las agresiones contra mujeres, este ya no es un delito invisible.

En el caso particular del Estado de Michoacán, se trató de una respuesta que comprometió dos ramas del derecho: el civil y el penal.

En el primero, se derogaron aquellas disposiciones cuyo contenido resultaba discriminatorio y atentaba contra el derecho de igualdad entre hombres

¹²⁴⁷ De cuya descripción y análisis se ha ocupado profusamente GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa, *Medidas de Protección de la Mujer ante la Violencia de Género. Claves para la Igualdad*, Grupo Difusión, Madrid, 2008.

y mujeres; y, al mismo tiempo, reconoció al fenómeno de la violencia familiar previéndola como causa de divorcio y de pérdida de la patria potestad (2001).

Hasta aquí la respuesta del Estado, en el caso de Michoacán, se correspondió con el principio de mínima intervención o de *ultima ratio* del derecho penal.

Sin embargo, el legislador fue más allá y rompe con este principio, pues como se ha descrito en este mismo capítulo, al mismo tiempo previó la figura típica de violencia familiar y agravó la penalidad de conductas como las lesiones, cuando se cometieran en agravio de personas con las que el activo mantuviera relaciones de parentesco.

El análisis comparativo que se ha efectuado, permite apreciar que España reaccionó con mucha antelación al fenómeno de la violencia familiar (1973), dando una respuesta de carácter punitivo, que se ha visto modificada a lo largo de los años; lo que vino a ocurrir en el caso de Michoacán hasta 28 años después (2001).

Es de destacarse que la regulación normativa española efectuó una adecuada diferenciación entre la violencia de género y la doméstica, para determinar cómo debía atenderse a ella desde el ámbito del derecho penal; lo que no ocurrió en el ámbito michoacano, ya que en este contexto, se equiparó a ambos dándoles el mismo tratamiento, como si provinieran de la misma génesis y respondieran a las mismas causas.

De cualquier modo, considero que en ambos contextos (el español y el michoacano) la reacción del Estado resultó tardía en muchos sentidos; la violencia doméstica y la de género no son situaciones novedosas o que se hubieran gestado, en el entorno social y cultural, en forma reciente; antes bien, responden a patrones de comportamiento que son comunes en las organizaciones que siguen el modelo patriarcal con el establecimiento de relaciones de supra–subordinación entre el género masculino y femenino.

Es evidente entonces que la primera respuesta a ambos tipos de violencia debió ser educativa, formativa y cultural, y si se consideraba que debía reaccionarse también desde el ámbito jurídico, las normas civiles o familiares debieron constituir la primera respuesta, permitiéndose a las instituciones y normas jurídicas que se crearan para ello no solamente consolidarse sino surtir plenos efectos.

Pero, tanto en España como en Michoacán, la reacción se orientó hacia el campo del derecho penal.

Al respecto, conviene recordar que en concepto de Luigi Ferrajoli, el derecho penal mínimo persigue *“no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas”*¹²⁴⁸.

En ese mismo tenor, Francisco Muñoz Conde ha señalado que *“una parte de las normas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena”*¹²⁴⁹.

Por su parte, Santiago Mir Puig ha postulado que *“el principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”*¹²⁵⁰.

En consonancia con estos postulados, el derecho penal tiene un carácter secundario, y se justifica en la medida que resulte insuficiente la respuesta que otras ramas del derecho puedan proporcionar a un fenómeno social determinado.

Por ello, se ha estimado que las razones punitivas se configuran como última razón del ordenamiento jurídico, a las que solo debe acudir cuando las demás devienen insuficientes para tal finalidad.

Así, el principio de intervención mínima se vincula directamente con la selección de bienes jurídicos que resulten dignos de tutela penal; y, desde esta

¹²⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y Derecho Penal”, en SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 2006, p. 5.

¹²⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, B de F., Montevideo, 2004, pp. 113 y 114.

perspectiva, para resolver la dicotomía entre penalización y despenalización, debe optarse por ésta más que por la criminalización; en esta percepción descansa el carácter fragmentario del Derecho penal, que radica precisamente en la selectividad de los bienes jurídicos, puesto que no cualquier bien debe ser protegido por el Derecho punitivo, sino sólo los más importantes.

En esta noción coincide Roxin, ya que *“los postulados necesarios para posibilitar los fines del Estado, entendidos éstos como la pacífica coexistencia de las personas, apoyada en los principios de libertad e igualdad; la protección de bienes jurídicos significa el impedimento de daños sociales”*¹²⁵¹.

En resumen, el Estado –con la facultad que le fue asignada, de penar y proteger la humana convivencia, garantizando la paz social, en su función represiva y preventiva–, debe hacer uso del derecho penal cuando otros medios de control social de carácter no penal sean insuficientes; y sólo para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables.

Reitero, en mi opinión y respecto a la violencia de género y familiar, el Estado reaccionó en forma tardía; pasando de una nula intervención a una intervención maximizada.

Se afirma lo anterior porque en España hasta 1973 y 2004, y en Michoacán hasta 2001, ambos fenómenos resultaban inexistentes para el Estado, que prefería abstenerse de intervenir por considerar que correspondían al ámbito estrictamente privado de las personas y de las familias.

Y más aún, tras preverse en el ámbito civil–familiar local figuras tendientes a combatirlos, no se generaron las condiciones para que éstas surtieran un efecto disuasorio, preventivo o erradicador –a través de la adopción de medidas educativas o formativas–, ni esperó un tiempo prudente para que ello ocurriera.

Antes bien, se recurrió a la penalización de dichas conductas con las previsiones que actualmente se encuentran establecidas en los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal español y 224 bis del Código Penal del Estado de Michoacán; llegando incluso a equipararlas, en este último caso, como si se tratara de una misma y respondieran a las mismas causas.

¹²⁵¹ ROXIN, Claus, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 23.

Lo anterior podría encontrar justificación en la necesidad de una reacción estatal efectiva para combatir un estado de cosas que permeó en la sociedad desde sus cimientos; pero no por ello puede negarse que se rebasó el carácter de *ultima ratio* que corresponde al derecho penal.

En el caso particular de Michoacán se llegó, incluso, a la tipificación equiparada de la violencia familiar y la violencia de género; respondiendo de una misma forma a dos aspectos cuya génesis es diferenciada, previendo para ella una sanción privativa de la libertad, una sanción pecuniaria y, por si no fuera suficiente, estableciendo también consecuencias que competen estrictamente al ámbito del derecho civil-familiar: la pérdida del derecho a heredar y de la patria potestad de la víctima.

Con ello, insisto, se rebasó el principio de mínima intervención del derecho penal y el carácter subsidiario de éste; lo que, aunque en origen puede justificarse ante la fenomenología a la que pretendía responderse, no ameritaba una criminalización de ese alcance.

En este momento, es necesario atenuar los alcances de esta maximización del derecho penal y ubicarlos en un rango más próximo al principio de *ultima ratio*.

Aclaro, no propugno por la despenalización de las conductas típicas o por la derogación de los preceptos que aluden a la violencia de género y doméstica, tanto en España como en Michoacán; pues aunque ello implicaría adoptar una postura consonante con el principio ya referido, proceder en esos términos significaría una regresión respecto del reconocimiento que el Estado ha hecho de ambos fenómenos y a la necesidad de combatirlos, y además se daría lugar a una situación socialmente perjudicial ya que daría la equívoca impresión de que dichas conductas y fenómenos son tolerables y permisibles, cuando no es así.

En consecuencia, estimo que deben limitarse los alcances de las previsiones que actualmente aluden a la violencia familiar y de género en ambos contextos, el español y el michoacano, a fin de ajustarlos al principio de mínima intervención y permitiendo que sean figuras e instituciones diversas las que los atiendan en primera intención para que, solamente en caso de que ello resulte insuficiente, el derecho penal pueda ser aplicado.

En torno al modelo español, considero que con fines de *lege ferenda* y con el propósito de respetar la mínima intervención, procurando que la respuesta penal sea lo menos aflictiva y se ajuste a parámetros de racionalidad, se propone que la sanción agravada que el legislador ha establecido para el delito de malos tratos, contenido en los puntos 1 y 2 del artículo 153, no sea la privativa de la libertad sino que fuese solamente la de trabajos en beneficio de la comunidad sin perjuicio de la pena que pudiere imponerse por el diverso delito cometido; debiendo suprimirse también las consecuencias jurídicas que no correspondan al ámbito del derecho penal en estricto sentido.

De igual manera, en ambos casos, resulta necesario incorporar como elemento de los tipos que se prevén en dichos enunciados normativos, a la habitualidad, con la finalidad de que el derecho penal solamente sancione aquellas conductas socialmente relevantes y graves, dejando a otras ramas del derecho la primera reacción a los fenómenos que pretende combatirse con ellos.

Por cuanto se refiere al delito de violencia doméstica contemplado en el artículo 173.2 del mismo Código Penal español, propongo que la sanción privativa de la libertad que, como agravante, se prevé en él, sea sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, por las razones ya indicadas, sin perjuicio de la pena que pudiere imponerse por el delito diverso que se hubiere cometido; proscribiéndose también sin perjuicio aquellas consecuencias jurídicas que no correspondan al ámbito del derecho punitivo, como lo son: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, ya que su aplicación debe reservarse al derecho de familia.

En todos los casos, atendiendo a la naturaleza de las conductas y a los efectos que éstas producen, se propone que como consecuencia jurídica del delito se imponga el deber del Estado, de proporcionar tratamiento psicológico especializado tanto al agresor como a la(s) víctimas, hasta su total recuperación.

Ahora bien, por lo que corresponde al caso del estado de Michoacán, es indispensable que se efectúe una clara distinción entre las conductas que constituyen la violencia familiar y la violencia de género; para que la regulación que se ha dado a ambos fenómenos se corresponda con la finalidad de su previsión y a la necesidad de tutela que se persigue con ella.

Asimismo, por exceder de los ámbitos de protección que se procuran con su tipificación, resulta inadecuado que cualquiera de ambas figuras aluda a relaciones que no son propias del entorno familiar, como actualmente sucede al referir como víctimas a las personas que estén sujetas a la educación, instrucción o cuidado del agresor.

Por tanto, considero que con fines de *lege ferenda*, Michoacán debe replantearse el tratamiento normativo que el derecho penal local otorga a la violencia familiar y de género, no solamente diferenciando entre ambas conductas; sino además, propiciando una mínima intervención, a través del establecimiento de consecuencias jurídicas también mínimas e indispensables para responder a ambos fenómenos.

En este contexto, es pertinente tener en consideración que la conformación del tipo violencia familiar, para cumplir con el propósito al que pretende destinarse, requiere incorporar expresamente el término de habitualidad como componente y la necesidad de que la conducta se desarrolle en el entorno en el que la familia se desenvuelva.

Sobre este tema, tuve ocasión de emitir pronunciamiento expreso, en mi calidad de juzgador, considerando que atendiendo a su conformación típica, a su naturaleza y a la finalidad de protección pretendida, el delito de violencia familiar considerado en el artículo 224 bis del Código Penal de Michoacán, requería para su materialización del componente de habitualidad; tal determinación, asumida formalmente en sentencia, fue corroborada por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Primer Circuito, considerando que la interpretación efectuada en torno a dicho precepto legal había resultado correcta.

Empero, se trata de una cuestión que aún se encuentra sujeta a debate, considerándose por mi parte que resulta necesaria su previsión expresa a fin de evitar espacios de duda en la aplicación de la norma penal.

De igual modo, se considera indispensable que –a fin de evitar la posible recalificación de conductas–, en ambos tipos penales se excluya la concurrencia de los mismos con otros que pudieran implicar identidad con los actos realizados o con los resultados obtenidos, como las lesiones.

Por ende, la propuesta que deriva de este ejercicio de investigación sigue las siguientes líneas esenciales, por lo que se refiere al Código Penal español:

- I) Modificar el artículo 153, puntos 1 y 2, para suprimir la pena privativa de la libertad como agravante derivada de la materialización de la figura de malos tratos, previendo para quien cometa tales antijurídicos solamente la de trabajos en beneficio de la comunidad que actualmente se contempla como sustitutiva de aquella; lo anterior, sin perjuicio de la sanción que corresponda respecto del diverso delito que se materialice.
- II) Modificar tales enunciados normativos con el propósito de incorporar como elemento de los tipos que se prevén en ellos a la habitualidad, a fin de que el derecho penal solamente sancione aquellas conductas socialmente relevantes y graves, dejando a otras ramas del derecho la primera reacción a los fenómenos que pretende combatirse con ellos.
- III) Respecto al delito de violencia doméstica contemplado en el artículo 173.2 del mismo Código Penal español, la pena de prisión establecida como agravante derivada de la configuración del tipo debe sustituirse por la de trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de la sanción que corresponda respecto del diverso delito que se materialice, por las razones ya indicadas.
- IV) En todos los casos, se propone proscribir aquellas consecuencias jurídicas que no correspondan al ámbito del derecho punitivo, como lo son: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, ya que su aplicación debe reservarse al derecho de familia; y, a fin de propiciar una verdadera solución a la problemática, imponer la medida consistente en proporcionar –a cargo del Estado– tratamiento psicológico individual y familiar al agresor y a las víctimas.

Respecto a la legislación penal michoacana, la propuesta atiende a las siguientes líneas:

- I) La necesidad de diferenciar normativamente, el tratamiento que debe darse desde el ámbito del derecho penal a la violencia de género y a la violencia familiar, acercándose al modelo que se contiene en el Código Penal español;
- II) Reconociendo que abolir el tipo penal de violencia familiar (e implícitamente la de género) daría lugar a una regresión al tratamiento que se ha dado a dicho fenómeno y a una situación socialmente perjudicial, debe atenuarse la maximización de la intervención penal respecto del mismo, acercando la previsión de los tipos correspondientes al principio de mínima intervención o *ultima ratio*. Ello puede ocurrir a través los siguientes mecanismos:
 - a) Introduciendo como elemento específico de ambos a la habitualidad, a fin de que solamente aquellas conductas que evidencien una afectación real a los bienes jurídicos protegidos, sean objeto de sanción en el ámbito del derecho punitivo;
 - b) Suprimiendo, por esa misma razón, la referencia a relaciones que no son propias del entorno familiar, como actualmente sucede al referir como víctimas a las personas que estén sujetas a la educación, instrucción o cuidado del agresor;
 - c) Previendo además que la violencia familiar, para ser considerada como tal, debe cometerse en el entorno en el que se desenvuelva la relación entre los sujetos activo y pasivo;
 - d) Excluir la posibilidad de cualquiera de ambos tipos pueda concurrir con otros de igual o semejante naturaleza, con el propósito de evitar la recalificación de conductas; y,
 - e) Estableciendo consecuencias jurídicas del delito que no signifiquen aplicar al infractor una pena privativa de la libertad, sino solamente trabajo a favor de la comunidad, así como la medida de seguridad consistente en proporcionar –a cargo del Estado– tratamiento psicológico individual y familiar al agresor y a las víctimas; suprimiendo cualquier otra que invada esferas que son propias del ámbito del derecho civil-familiar.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA. La comprensión del concepto de violencia familiar requiere –en forma previa–, delimitar conceptualmente a la familia, a la que puede definirse de forma amplia como el conjunto de personas entre quienes existen relaciones de parentesco, a las que la ley le atribuye algún efecto jurídico; siendo las fuentes de dichas relaciones: el matrimonio, el concubinato, la filiación, las sociedades de convivencia y la adopción; ya que a través de ellas se genera el parentesco, ya sea de carácter consanguíneo (filiación), por afinidad o civil.

SEGUNDA. En el desarrollo de las relaciones entre los integrantes de la familia puede presentarse el fenómeno de la violencia, cuyo surgimiento se encuentra condicionado por situaciones endógenas, exógenas o mixtas; pudiendo localizarse su origen en las relaciones de subordinación y dependencia entre sus miembros.

TERCERA. En esta investigación se ha establecido una clara distinción entre los conceptos de violencia familiar, doméstica y de género; habiéndose establecido que la segunda se caracteriza por tener lugar dentro o fuera del hogar común pero entre las personas que lo comparten: entre quienes habitan el mismo domicilio; de ahí que dicho concepto incluye a quienes, si bien, no forman parte del grupo familiar, conviven con sus miembros; en tanto que la de género se refiere a cualquier acto de agresión dirigido a mujeres por su pertenencia al género femenino, con la potencialidad objetiva para producir daño físico o psicológico; en esa virtud, la violencia de género no se limita al entorno familiar –no obstante que cabe la posibilidad de que se presente en él–.

CUARTA. Los fenómenos de la violencia familiar, doméstica y de género trascienden el ámbito del derecho interno; y frente a esa problemática, en el orden jurídico internacional se ha desarrollado un *corpus iuris* coherente y armónico, que los identifica como graves afectaciones a los derechos humanos de grupos que –por su naturaleza específica y posición social–, se han colocado en una extrema situación de precariedad y vulnerabilidad; habiéndose advertido en esta investigación que se trata de una codificación integrada por instrumentos

convencionales y de diversa naturaleza, que ha tenido como finalidad la preservación de la armonía, el orden en la familia mediante la defensa de los derechos humanos de las mujeres, de los menores de edad y de los discapacitados que forman parte de dicho ámbito nuclear.

Como resultado de ello, la normativa internacional ha condenado la violencia familiar, doméstica y de género, y reconocido correlativamente el derecho humano a una vida libre de violencia al interior de las familias.

QUINTA. Los distintos instrumentos internacionales que abordan –genérica y específicamente– el fenómeno de la violencia familiar, enfatizando la necesidad de que se regule, en sede interna, no sólo la sanción de las conductas que informan el injusto (en sentido penal), sino también su prevención y la debida atención a las víctimas, han dado lugar a una serie de obligaciones a cargo de los Estados, que necesariamente han permeado en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En esa virtud, España y México han debido adecuar sus respectivas normativas en materia de violencia familiar a la serie de instrumentos internacionales de los que respectivamente forman parte.

SEXTA. En una situación ideal, la regulación atinente y el establecimiento de medidas de prevención, atención y corrección de los fenómenos de violencia familiar, doméstica y de género, corresponde al ámbito del derecho civil o familiar, sin perjuicio de la sanción penal que se pudiere imponer por el delito cometido.

SÉPTIMA. La configuración de la igualdad en España y en México, aplicada a la represión punitiva del Estado en materia de violencia familiar, no ha sido debidamente aplicada.

OCTAVA. La configuración legal de los tipos agravados de violencia de género en España es cuestionable por su inconstitucionalidad *prima facie*, al ser violatorios del derecho a la igualdad jurídica; ya que la tipificación supone que el sujeto activo es siempre un hombre y la víctima una mujer, que están o han estado unidos sentimentalmente; sin embargo, la acción objetiva en sí no reviste

ninguna particularidad. De esta suerte, si la misma conducta la realizara la mujer en sentido opuesto, recibe una pena menor al no asociarse a ese perfil “machista”. Esta disparidad tiene como efecto la eventual vulneración del artículo 14 de la Constitución española.

Respecto al delito de violencia familiar, tal como se encuentra diseñado en el Código Penal español, el varón y la mujer no se encuentran en la misma posición en cuanto al modo de proveer su protección penal, pues no tienen el mismo trato, siendo tal diferencia injustificada. La argumentación del Tribunal Constitucional desenfoca el problema, confundiendo y entremezclando la interpretación de los dos incisos contenidos en el tipo –a saber: que la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia” o que la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”–.

Sin embargo, en ambos apartados del artículo 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de sujetos pasivos; la diferencia de trato no es por grupo de personas en función del sexo. La postura del Tribunal Constitucional no alude siquiera al carácter discriminatorio de las conductas recogidas en los tipos cuestionados; sólo al entorno social y cultural machista en el que se alojan y a la equivalencia de esas acciones con otras abusivas comunes en nuestra sociedad.

NOVENA. En la experiencia mexicana, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Contradicción de Tesis 66/2005, ignora que las mujeres que se encuentran en situaciones de violencia intrafamiliar son seriamente afectadas, tanto psicológica como físicamente; por lo que el deber que se les impone de precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pone en la víctima de la violencia familiar una gran carga probatoria que sumado a las consecuencias psicológicas de la violencia, haría prácticamente imposible que prospere su acción, pues ignora las particularidades de una violencia cíclica inmersa en lo cotidiano y la asimila a la violencia identificable y sorpresiva que ocurre, por ejemplo, en las calles.

En conclusión, darle una mayor ponderación a la defensa de la parte demandada ignora la naturaleza de la violencia familiar que viven muchas mujeres en México.

DÉCIMA. Tanto México como España participan de una configuración política similar, ya que en ambos la distribución territorial del poder se estructura en dos niveles perfectamente diferenciados y con competencias legislativas específicas. En el caso mexicano, el modelo adoptado es el federalismo –estableciéndose una regla general de distribución de competencias para legislar–, en tanto que en España, opera el modelo autonómico que prevé la Constitución de 1978.

DÉCIMA PRIMERA. Atendiendo a la regla constitucional que establece las competencias entre la Federación y las entidades federativas, en México existe una normativa penal federal y treinta y dos ordenamientos penales federados. En España, por el contrario, el *corpus* punitivo se contiene en un único código.

DÉCIMA SEGUNDA. En ambos contextos geográficos se reconoce a la violencia familiar, la doméstica y la de género, como fenómenos presentes, persistentes y graves, que ameritan un tratamiento, primero desde el ámbito civil, y luego desde la perspectiva del derecho penal.

Tanto en España como en México, se han emitido leyes que pretenden prevenirlos. Aunque me resulta más que dudoso que el derecho civil y el derecho familiar, así como las legislaciones destinadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

DÉCIMA TERCERA. En España, se incorporaron gradualmente a la legislación sustantiva penal figuras tendentes a sancionar las formas de violencia antes aludidas, mediante fórmulas agravadas de tipos penales diversos o transformando faltas en delitos; mientras que en México, cada una de las entidades federativas incorporaron el delito de violencia familiar como una figura autónoma, derivándose de ello no solamente una dispersión legislativa, sino una heterogeneidad en su previsión.

DÉCIMA CUARTA. La legislación española abordó por primera vez el tipo de violencia familiar en el artículo 425 del Código Penal de 1973; la tipificación del injusto tuvo como finalidad establecer medidas de protección integral contra la violencia de género y familiar, advirtiéndose de su Título IV la previsión de diversas normas penales que perseguían ese propósito; entre ellas, el artículo

148.4 (que sancionó las lesiones inferidas a quien sea o hubiese sido esposa del activo, o mujer que esté o hubiere estado ligada con el autor por una relación análoga de afectividad, aún sin convivencia); el numeral 153.2 (que previó el delito de malos tratos cometido contra personas con quien el activo mantenga o hubiese mantenido algún tipo de relación de orden familiar o análoga, remitiéndose a un diverso precepto); el 171 (tendente a sancionar las amenazas cuando se cometan contra la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia); el 173.2 (previsor del delito de violencia familiar, propiamente dicho).

La última modificación que, sobre estos tópicos, se efectuó a dicho ordenamiento se contiene en la Ley Orgánica 1/2015, que no modificó esencialmente los elementos de los tipos, pero si extendió la medida de libertad vigilada a los delitos de malos tratos y lesiones, cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica; la no exigencia de denuncia previa de la víctima, en tratándose de ambas figuras; la no imposición de penas de multas que pudieran generar perjuicio a la víctima o al ámbito familiar cuando hay relaciones patrimoniales entre agresor y víctima, de origen conyugal o cuando haya descendencia en común; y, la inutilización de dispositivos telemáticos, entre otras.

DÉCIMA QUINTA. En México, el delito de violencia familiar fue incorporado a la normativa penal federal, mediante la adición del artículo 343 bis, en términos del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997; cuya previsión resultó por demás imperfecta, al adolecer de oscuridad y dar lugar a dificultades para aprehender la materia de prohibición.

Esta previsión normativa del delito de violencia familiar a nivel federal es solamente referencial, debido a que atendiendo al ámbito de aplicabilidad que es propio del Código Penal Federal, no es posible su configuración material.

DÉCIMA SEXTA. En el caso específico de Michoacán, el antijurídico de violencia familiar se incorporó a la legislación sustantiva penal mediante decreto número 139, publicado en el *Periódico Oficial del Estado* del 19 de abril de 2001, a través del que se adicionó el Capítulo Sexto, al Título Décimo Primero y se incorporó, como artículo 224 *bis*, la redacción típica del delito de violencia familiar. Este precepto fue reformado el 25 de junio de 2004 y el 1 de febrero de 2012, para

adoptar su configuración actual, misma que sigue vigente por la disposición de los artículos segundo y tercero transitorios del nuevo Código Penal de 2014, donde se declara abrogado el Código Penal del Estado de Michoacán de 1980; y la condición de que dicha legislación tiene la calidad de vigente para los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del modelo de justicia penal acusatorio y oral.

DÉCIMA SÉPTIMA. Derivado del análisis iuscomparatista se evidencia que el tipo de violencia familiar en Michoacán aglutinó, en un solo tipo, aquellas previsiones tendentes a prevenir la comisión de violencia familiar, doméstica y de género, en el artículo 224 bis del Código Penal; ubicándolo en el título destinado a los delitos contra el orden familiar. En el ordenamiento penal español se optó por regular, en diversos preceptos, la violencia doméstica específicamente en los numerales 153.2 y 173.2.

DÉCIMA OCTAVA. El tipo de violencia familiar en Michoacán es, atendiendo a la acción, de mera actividad; mientras que el de malos tratos en el ámbito doméstico y violencia doméstica, regulados en el Código Penal español son de resultado material.

DÉCIMA NOVENA. Por lo que corresponde al bien jurídico tutelado, tanto el delito de violencia familiar en Michoacán, como el de violencia doméstica en España, tienen como propósito proteger el armónico desarrollo de las relaciones familiares y la dignidad de las personas; mientras que el de malos tratos que corresponde a este último contexto, lo que tutela es la integridad física del pasivo; en todos los casos, se trata de bienes jurídicos de carácter individual.

Una nota diferenciadora radica en el hecho de que la previsión acerca de la violencia doméstica en España, sanciona el ejercicio de violencia física o psíquica en perjuicio del pasivo; mientras que en Michoacán, dicho antijurídico prevé, al respecto, la causación de violencia física, psicológica, patrimonial y económica.

VIGÉSIMA. En cuanto a los elementos comunes, en ambos ordenamientos jurídicos se trata de tipos monosubjetivos desde el punto de vista del agente

activo del delito; mientras que, acorde con su previsión jurídica, admiten un catálogo amplio de posibles víctimas, en función del tipo de relación existente entre agresor y pasivos.

VIGÉSIMA PRIMERA. Se trata de delitos cuyo elemento subjetivo es necesariamente el dolo; sienta este un rasgo consonante en la regulación española y michoacana.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Por otro lado, analizados cada uno de los tipos (españoles y michoacanos) se concluye que la descripción típica no implica que se esté en presencia de una ley penal en blanco, pues los órganos legislativos definieron con puntualidad los elementos constitutivos de las figuras establecidas en los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal Español; y, 224 bis del Código Penal de Michoacán, no efectuando remisión expresa o tácita a ordenamiento jurídico diverso para complementar su integración.

VIGÉSIMA TERCERA. En razón de que cada uno de los tipos requiere de pluralidad de conductas, no puede configurarse la tentativa punible. Por virtud de que se requiere que el sujeto activo haga patente su intención de causar un menoscabo a la víctima, y lleve a cabo actos tendentes a lograr ese propósito pero sin que ello se produzca por causas ajenas a su voluntad; ello resulta incompatible con la previsión normativa relativa a la habitualidad o a la pluralidad de actos típicos.

VIGÉSIMA CUARTA. El delito de malos tratos establecido en el numeral 153.2 del Código Penal español tiene la calidad de instantáneo, ya que bastará con la ejecución de hechos positivos o actos (de cualquier característica) y que éstos produzcan un menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito por la ley penal, para que se configure el tipo como tal; o bien, que se efectúe la acción de golpear o maltratar al pasivo de obra, sin causarle lesión, para que se genere el mismo resultado.

VIGÉSIMA QUINTA. El delito de violencia doméstica o familiar regulado en el artículo 173.2 del mismo ordenamiento y el de violencia familiar al que alude el

numeral 224 *bis* del Código Penal de Michoacán, son de carácter continuado, porque ambos tipos prevén como requisito *sine qua non* para su materialización el de la habitualidad de las conductas; lo anterior derivado de la finalidad perseguida en ambos, que no es otra sino procurar el sano y armónico desarrollo de las relaciones familiares, lo que no ocurrirá a través de la ejecución de un solo acto.

VIGÉSIMA SEXTA. El análisis efectuado en esta investigación puso de manifiesto que fue incorrecto que la primera respuesta del Estado a los problemas de familia, tuviera implicaciones en el campo del derecho penal, ya que con ello dejó de tenerse en cuenta el principio de mínima intervención.

No obstante lo anterior, en el contexto actual, despenalizar dichas conductas resultaría socialmente incorrecto y perjudicial, ya que se estaría enviando el mensaje equivocado de que el Estado considera que las mismas resultan tolerables y permisibles, cuando no es así.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. Es momento, entonces, de repensar la forma en que viene tratándose tanto en España como en Michoacán al fenómeno de la violencia familiar y doméstica, desde la perspectiva del derecho penal; procurando atenuar los alcances de esta maximización del derecho penal y ubicarlos en un rango más próximo al principio de *ultima ratio*.

VIGÉSIMA OCTAVA. Asimismo, se propone que en ambos códigos penales, se proscriban todas las penas de naturaleza civil-familiar, como la pérdida de la patria potestad, la pérdida del derecho a heredar y otras.

VIGÉSIMA NOVENA. Se propone, como consecuencia jurídica del delito, la obligación del Estado de proporcionar terapia individual y colectiva (familiar) para buscar la integración de la familia y, de no lograrse ésta, haya buena relación entre quienes la integraron.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Manuales, Monografías y Artículos Especializados

1. AA. VV., *300 Preguntas y Respuestas sobre el Derecho de Familia, Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial*, Sista, México, 2005.
2. AA.VV., *Diccionario de Derecho Romano*, Tercera Edición, Sista, México, 1991.
3. AA.VV., *Diccionario Jurídico Espasa. Lex*, Espasa Calpe/Fundación Tomás Moro, Madrid, 2003.
4. AA.VV., *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Autónoma de México, Varias ediciones (8ª, 9ª y 13ª), Porrúa, México, 1985, 1989 y 1999.
5. AA. VV., *Diccionario Salvat Enciclopédico Popular Ilustrado*, Salvat, Barcelona, 1973.
6. AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomos XI y XXVI, Driskill, Buenos Aires, 1986.
7. AA.VV., *Memorias del Encuentro Continental sobre Violencia Intrafamiliar*, UNIFEM, México, 1996.
8. ABAD, F., Voz “Alemania”, en DE BLAS GUERRERO, A. (Dir.), *Enciclopedia del Nacionalismo*, Tecnos, 1997.
9. AFRICAN WOMAN AND CHILD FEATURE SERVICE *et al.* (comp.), *Nairobi+21. Commemorating the Third UN World Conference on Women*, 2007.
10. AGRO, A., “Art. 3.1.11 Principio di Eguaglianza Fórmale”, en Branca, G., *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi Fondamentali*, Zanichelli & Foro Italiano, Bologna/Roma, 1975.
11. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., “Norma Jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, V. II, Segunda Edición, Trotta, Madrid, 2000.
12. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
13. ALMEYRA, M. A., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Volumen 1, La Ley, Argentina, 2011.
14. ÁLVAREZ DE LARA, R. M., *et al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, Porrúa, México, 2004.
15. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien Jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 43, Madrid, 1991.
16. ALVAREZ, J. E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
17. AMUCHATEGUI REQUENA, I. G., *Derecho Penal*, Oxford, Segunda Edición, México, 2000.
18. ARAGÓN REYES, M., “La Eficacia Jurídica del Principio Democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 24, Septiembre–Diciembre de 1988.
19. ARILLA BAS, F., *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, Segunda Edición, México, 2011.
20. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, [trad. Antonio Gómez Robledo], Porrúa, Decimonovena Edición, México, 2000.

21. ARISTÓTELES, *Política*, [trad. Patricio de Azcárate Corral], Austral, Buenos Aires, 1999.
22. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 2004.
23. AYALA SALAZAR, José Melchor, *El Matrimonio y sus Costumbres*, Trillas, México, 2000.
24. BALL, H., *Prosecuting War Crimes and Genocide, The Twentieth-Century Experience*, University Press of Kansas Lawrence, 1999.
25. BANDA, F., *Women, Law and Human Rights: An African Experience*, Hart Publishing, Oxford, 2005.
26. BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R., *Derecho de Familia y Sucesiones*, Oxford, México, 2003.
27. BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R., *Derecho de Familia*, Oxford, Segunda Edición, 2009, México.
28. BAQUEIRO ROJAS, E., "Derecho Civil", *Diccionarios Jurídicos Temáticos*, Volumen 1, Harla, México, 1994.
29. BASILE, S., "Los 'Valores Superiores', Los Principios Fundamentales y Los Derechos y Libertades Públicas", en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980.
30. BECKER, G. S., *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
31. BELADIEZ ROJO, M., *Los Principios Jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
32. BELVEDERE, A. et al., *Desde un Punto de Vista Lógico*, [trad. M. Sacristán], Ariel, Barcelona, 1962.
33. BENDA, E., "El Estado Social de Derecho", en BENDA, E. et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Marcial Pons, 2001.
34. BERAMENDI, P. y ANDERSON, C. J. (Eds.), *Democracy, Inequality, and Representation in Comparative Perspective*, Russell Sage Foundation, 2011.
35. BERMAN, H. J. y WITTE, J. (Ed.), *Law and Language. Effective Symbols of Community*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
36. BERNAZ, N., "Reforming the UN Human Rights Protection Procedures: A Legal Perspective on the Establishment of the Universal Periodic Revision Mechanism", en BOYLE, K. (Ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
37. BITZ, CHARLES R., *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
38. BLAIR, D. Marianne et al., *Family Law in the World Community. Cases, Materials and Problems in Comparative and International Family Law*, Second Edition, Carolina Academic Press, Durham, 2009.
39. BOLDOVA P. y RUEDA, M., "La Discriminación de Urgencia sobre la Tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en *La Ley*, Año XXV, Número 6146, 14 de diciembre de 2004.
40. BONNECASE, J., *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997.
41. BOYLE, K., "The United Nations Human Rights Council: Origins, Precedents and Prospects", en BOYLE, K. (Ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

42. BRAVO GONZÁLEZ, A. y BRAVO VALDÉS, B., *Derecho Romano. Primer Curso*, Vigésimoprimera Edición, Porrúa, México, 2004.
43. BRUNNER, E., *La Justicia. Doctrina de las Leyes Fundamentales del Orden Social*, [trad. L. Recaséns Siches], UNAM, México, 1961.
44. BURGUIÈRE, A., *et al.*, *Historia de la Familia*, T. I, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
45. BURGUIÈRE, A. *et al.*, "The Family: What Next?", en Burguière, A. *et al.*, *A History of the Family*, Vol. Two, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
46. BURROWS, N., "International Law and Human Rights: The Case of Women's Rights", en CAMPBELL, T. *et al.* (Eds.), *Human Rights: From Rethoric to Reality*, Blackwell Publishing, New York, 1986.
47. BUSS, D. and MANJI, A., "Introduction", en BUSS, D. and MANJI, A. (Eds.), *International Law. Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Portland, 2005.
48. BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.), *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995.
49. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras Completas*, Tomo II, Control Social/Ara Editores, Lima, 2004.
50. BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo II, Ed., Trotta, Valladolid, 1999.
51. BYRNES, A., "Women, Feminism and International Human Rights Law. Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation?" Some Current Issues", en *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1995.
52. CABALLERO OCHOA, J. L., "La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona (Artículo 1º, Segundo Párrafo, de la Constitución)", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (Coords), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
53. CABANELLAS, G., *Diccionario de Derecho usual*, Tomo I (A-D), Heliasta, Décima Edición, Buenos Aires, 1976.
54. CAIN, P. A., "Feminism and the Limits of Equality", en WEISBERG, D. K. (Ed.), *Feminist Legal Theory*, Foundations, Temple University Press, Philadelphia, 1993.
55. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional*, T. II., México, 1985.
56. CANOSA USERA, R., *El Derecho a la Integridad Personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
57. CANOSA USERA, R., "Igualdad y No Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Número 11, 2008.
58. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
59. CARBONELL MATEU, J.C. *et al.* (dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con Motivo*

- del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*
Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
60. CARBONELL, M., *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2004.
 61. CARO CORIA, D. C., "Sociedades en Riesgo y Bienes Jurídicos Colectivos", en *Themis. Revista de Derecho*, No. 37, 1998.
 62. CARRILLO, J. I. y CARRILLO, M. F., *La Violencia Familiar y su Actuación ante el Ministerio Público*, Carrillo Hnos. e Informática, Guadalajara, 2005.
 63. CASTELLANOS TENA, F., *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, Porrúa, Trigésimo Quinta Edición, México, 1995.
 64. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1981.
 65. CERRI, A., "Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte Costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968.
 66. CHAMALLAS, M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Second Edition, Aspen Publishers, New York, 2003.
 67. CHARLESWORTH, H. and CHINKIN, C., *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000.
 68. CHARLESWORTH, H. et al., "Feminist Approaches to International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991.
 69. CHÁTELET, F., *Historia del Pensamiento Político*, Madrid, 1992.
 70. CHÁVEZ ASECIO, M. F. et al., *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2003.
 71. CHAVEZ ASECIO, M. F. y HERNÁNDEZ BARROS, J. A., *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2003.
 72. CHÁVEZ ASECIO, M. F., *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares*, Porrúa, México, 2001.
 73. CHEAL, D., *Families in Today's World: A Comparative Approach*, Routledge, London, 2008.
 74. CHINKIN, C. y FREEMAN, M. A., "Introduction", en FREEMAN, M. A. et al., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
 75. CHINKIN, C. y KNOP, K., *Final Report on Women's Equality and Nationality in International Law*, International Law Association, Committee on Feminism and International Law, London, 2000.
 76. CICERÓN, M. T., *On the Laws*, [trad. Clinton W. Keyes], Harvard University Press, Boston, 1977.
 77. CICU, A., *El Derecho de Familia*, [trad. Santiago Sentís Melendo], Ediar, Buenos Aires, 1947.
 78. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, A., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1988.
 79. COMISIÓN EUROPEA, *Manual de Referencias sobre Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. Para el Personal Directivo, Docente y No Docente de Enseñanza Primaria y Secundaria en los Países de la Unión Europea*. Con el apoyo de la Unión Europea,

- Dirección General XXII, Educación, formación y juventud. Enero de 1998. S.A.F.E. Servicio de Acción en Formación de Empleo.
80. CONAGHAN, J., *Law and Gender*, Oxford University Press, Oxford, 2013, y BARTLETT, K. *et al.*, *Gender & Law: Theory Doctrine & Commentary*, Sixth Edition, Aspen Publishers, Aspen, 2013.
 81. CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *Manual de la Familia*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1985.
 82. CORCOY BIDASOLO, M., “Delitos contra las Personas: Violencia Doméstica y de Género”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Nuevas Tendencias de Política Criminal. Una Auditoría al Código Penal Español de 1995*, B de F. Montevideo/Buenos Aires, 2006.
 83. CRESPO GARRIDO, M. y RUIZ BARTOLOMÉ, P., *La Educación en el Seno de la Familia como Medio de Prevención de la Violencia Doméstica*, en CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, M. Fernanda (Dir.), *Violencia y Familia: Educar para la Paz*, Colex, Madrid, 2013.
 84. CREUS, C., *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, 5ª ed., Argentina, 2012.
 85. CUADRADO RUIZ, M. de los Á. y REQUEJO, C., “El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar: Artículo 153 del Código Penal”, en *La Ley*, 2000, (4).
 86. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2009.
 87. D’ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, Cuarta Edición, Astrea, Buenos Aires, 1994.
 88. D’ANTONIO, D. H., *Práctica del Derecho de Menores*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
 89. DAILLIER, P. y PELLET, A., *Droit International Public*, Sixième Édition, L.G.D.J., Paris, 1999.
 90. DE IBARROLA, A., *Derecho de Familia*, Segunda Edición, Porrúa, México, 1981.
 91. DEL MORAL GARCÍA, A., “El Delito de Violencia Habitual en el Ámbito Familiar”, en *Manuales de Formación Continuada*, Número 3, 1999.
 92. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “El Concepto de Violencia de Género de la LO 1/2004 en el Sistema Penal: Fundamento, Trascendencia y Efectos”, en *Derecho y Proceso Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, Número 27, 2012-1.
 93. DE LA FUENTE, R., *Psicología Médica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
 94. DE LA MATA PIZANA, Felipe, *Sociedades de Convivencia*, Universidad Panamericana/Porrúa, México, 2007.
 95. DÍAZ-ARANDA, E., *Derecho Penal, Parte General (Conceptos, Principios y Fundamentos del Derecho Penal Mexicano Conforme a la Teoría del Delito Funcionalista Social)*, Porrúa, Tercera Edición, México, 2008.
 96. DÍAZ DE LEÓN, M. A., *Código Penal para el Distrito Federal Comentado*, 23ª. ed., Porrúa, México, 1998.
 97. DIDUCK, A. y KAGANAS, F., *Family Law, Gender and the State. Text, Cases and Materials*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford, 2012.

98. DONNELLY, J., "Cultural Relativism and Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, 1984.
99. EDWARDS, A., *Violence Against Women Under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, New York, 2011.
100. ELÓSEGUIITXASO, M., *Las Acciones Positivas para la Igualdad de Oportunidades Laborales entre Mujeres y Hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003.
101. Engle, K., "International Human Rights and Feminisms: When Discourses Keep Meeting", en BUSS, D. and MANJI, A. (Eds.), *International Law. Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Portland, 2005.
102. ENGELS, F., *Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Quinta Edición, Ediciones de Cultura Popular, México, 1974.
103. ENNECCERUS, L. et al., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia* [trad. Blas Pérez González y José Alguer], Volumen IV, Parte 2, Bosch, Barcelona, 1946.
104. ENNECCERUS, L. et al., *Tratado de Derecho Civil*, [trad. Blas Pérez González y José Alguer], Volumen IV, Segunda Edición, Bosch, Barcelona, 1979.
105. ESCRIVA GREGORI, J. M., *La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976.
106. ESTRADA INDA, L., *El Ciclo Vital de la Familia*, Grijalbo, México, 1997.
107. FEITO GRANDE, L., "La Definición de la Salud", en *Diálogo Filosófico*, Núm. 34, 1996.
108. FÉLIX CÁRDENAS, R., "El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar. Algunas Consideraciones sobre su Regulación en España y México", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 33, Año 2003, México.
109. FELLINI GANDULFO, Z., en *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. III, Voz: *Tentativa*, Porrúa, Décima Edición, México, 1997.
110. FERRAJOLI, L., "Garantías y Derecho Penal", en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 2006.
111. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L. et al., *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1947.
112. FERRAGIOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, T. I, [trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.], Trotta, Madrid, 2011.
113. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Novena Edición, Trotta, Madrid, 2009.
114. FERRER-MACGREGOR, E., "Interpretación Conforme y Control Difuso de Constitucionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Número 2, 2011.
115. FIGUEROA BELLO, A., "No Discriminación por Razón de Sexo e Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en la UE", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. e IBÁSÑEZ MARTÍNEZ, M. L., *El Reto de la Efectiva Igualdad de Oportunidades*, Comares/Universidad de Salamanca, Granada, 2006.

116. FINOCCHIARO, F., *Uguaglianza Giuridica e Fattore Religioso*, Giuffrè, Milano, 1958.
117. FRASER, A. S., "Becoming Human: The Origin and Development of Women's Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, Volúmen 21, 1999.
118. FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
119. FREIXES SANJUAN, T., "Constitución, Tratado de Amsterdam e Igualdad entre Hombres y Mujeres", en PALOMINO MANCHEGO, J. F. y REMOTI CARBONELL, J. C. (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 2002.
120. FREIXES SANJUAN, T., "La Igualdad entre Mujeres y Hombres en el Proceso de Integración Europea", en FREIXES SANJUAN, T. (Coord.), *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
121. FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTI CARBONELL, J. C., "Los Valores y los Principios en la Interpretación Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 35, Mayo-Agosto, 1992.
122. FROSINI, V., "Paradosso dell'Eguaglianza", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LIII, 1976.
123. FULLER, L., *La Moral del Derecho*, [trad. F. Navarro], Trillas, México, 1967.
124. GALÁN MUÑOZ, A., "De la Violencia Doméstica a la Violencia de Género: ¿Un Paso Fallido Hacia el Derecho Penal del Enemigo?", en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela Penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
125. GALEY, M. E., "Promoting Nondiscrimination Against Women: The UN Commission on the Status of Women", en *International Studies Quarterly*, Vol. 23, 1979.
126. GALINDO GARFIAS, I., *Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia*, Decimocuarta Edición, Porrúa México, 1995.
127. GALLAGHER, A., "Ending the Marginalization: Strategies for Incorporating Women into the United Nations Human Rights System", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997.
128. GÁLVEZ, J., "Artículo 14", en GARRIDO FALLA, F., *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
129. GARCÍA ALBERO, R. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma de la Ejecución Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
130. GARCÍA ÁLVAREZ, P., "Precedentes de la Denominada 'Violencia de Género' en el Código Penal Español. Apuntes Críticos", en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela Penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
131. GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar (LO 14/1999, de 9 de Junio) Problemas Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
132. GARCÍA AMADO, J. A., "Principio Constitucional de Igualdad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1978.
133. GARCÍA ARÁN, M., "Injusto Individual e Injusto Social en la Violencia Machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)", en CARBONELL MATEU *et al.* (Coord.),

- Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con Motivo del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
134. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., *Medidas de Protección de la Mujer ante la Violencia de Género. Claves para la Igualdad*, Grupo Difusión, Madrid, 2008.
 135. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. et al., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1979.
 136. GARCÍA GARCÍA, R., *Tratado sobre la Tentativa*, Porrúa, Cuarta Edición, México, 2011.
 137. GARCÍA MUÑOZ, S., "Género y Derechos Humanos de las Mujeres: Estándares Conceptuales y Normativos en Clave de Derecho Internacional", en CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (Coords.), *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fontamara, México, 2012.
 138. GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución Española*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2001.
 139. GAUTIER, P., "Article 2 Convention of 1969", en CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2011.
 140. GHERSI, C. A., *Cuantificación Económica (Daño Moral y Psicológico. Daño a la Psiquis)*, Segunda Edición, Astrea, Buenos Aires, 2002.
 141. GIANNITI, P. (coord.), *I Diritti Fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Niza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli Editore/Il Foro Italiano, Bologna/Roma, 2013.
 142. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
 143. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1990.
 144. GIMÉNEZ GARCÍA, J., "La Habitualidad en el Maltrato Físico y Psíquico. Evolución Legislativa y Jurisprudencial del Artículo 153 Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Número 5, 2001.
 145. GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Segunda Edición, Madrid, 2007.
 146. GOMEZ PAVÓN, P., *El Delito de Conducción bajo la Influencia de Bebidas Alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 1997.
 147. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et al., *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.
 148. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Aplicación de las Figuras Penales de Violencia de Género tras la STC 59/2008", en *Cuadernos Digitales de Formación*, CENDOJ, 2009.
 149. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *Consideraciones Básicas en Torno al Origen y Evolución de la Legislación Penal Michoacana*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo/Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, Morelia, 2003.
 150. GONZÁLEZ MARTÍN, A. M., *En la Prehistoria*, Edimat, Madrid, 2006.
 151. GONZÁLEZ MORENO, B. (coord.), *Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

152. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la Persona*, Segunda Edición, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.
153. HARRIS-SHORT, S. y MILES, J., *Family Law. Text, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
154. HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M., *Los Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona, 1978.
155. HEYMAN, M. G., "Domestic Violence and Asylum: Toward a Working Model of Affirmative State Obligations", en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, Núm. 4, 2005.
156. HOBBS OF MALMESBURY, T., *De Cive. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, Printed by J. C. For R. Royston at The Angel in Ivie-Lane, London, 1651.
157. HOBBS OF MALMESBURY, T., *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon, in St. Paul's Churchyard, London, 1651.
158. HURRELL, A. y Woods, N. (eds.), *Inequality, Globalization and World Politics*, Oxford University Press, New York, 1999.
159. INTER-PARLIAMENTARY UNION, *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its Optional Protocol. Handbook for Parliamentarians*, United Nations, Switzerland, 2003.
160. JAKOBS G., *Estudios de Derecho Penal*, [trad. Peñaranda Ramos], Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid/Civitas, Madrid, 1997.
161. JAKOBS, G., "Derecho Penal de Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", en JAKOBS, G., *Derecho Penal del Enemigo*, [trad. Cancio, Meliá], Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
162. JELLINECK, J., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, 1908.
163. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981.
164. JESCHECK H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cuarta Edición [traducción por José Luis Manzanares Samaniego] Comares, Granada, 1993.
165. JIMÉNEZ CAMPO, J., "La Igualdad Jurídica como Límite frente al Legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
166. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
167. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Lecciones de Derecho Penal*, Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
168. JORDAN, R. S. et al., *International Organizations. A Comparative Approach to the Management of Cooperation*, Fourth Edition, Praeger Publishers, Westpor.
169. KAMMINGA, M. T., "Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law", en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M., *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
170. KATEB, G., *Human Dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge and London, 2011.

171. KAUFMANN, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
172. KAUFMAN, N. H. y LINDQUIST, S. A., "Critiquing Gender-Neutral Treaty Language: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", en PETERS, J. y WOLPER, A. (Eds.), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Routledge, New York.
173. KIRGIS, F. L., *International Organizations in Their Legal Setting*, Second Edition, West Publishing Co., St. Paul, 1997.
174. KOCH, I. E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009.
175. KOH, H., "Foreword", en MEYERSFELD, B., *Domestic Violence and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.
176. KOUVO, S. and PEARSEON, Z., *Feminist Perspectives on Contemporary International Law. Between Resistance and Compliance?*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011.
177. KOUVO, S., *Making Just Rights? Mainstreaming Women's Human Rights and a Gender Perspective*, Iustus Förlag, Uppsala, 2004.
178. LAMAS, M., "Dimensiones de la Diferencia", en CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (coords.), *Género, Cultura y Sociedad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fontamara, México, 2012.
179. LAMBERTI, S., *Violencia Familiar. Sistemas Jurídicos*, Universidad, Buenos Aires, 2008.
180. LAPORTA, F., "El Principio de Igualdad: Introducción a su Análisis", en *Sistema*, Número 67, 1987.
181. LLOPIS GINER, J. M. et al., *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Práctica de Derecho S. L., Valencia, 2003.
182. LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, HJackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980.
183. LÓPEZ LÓPEZ, Á. M. et al., *Derecho de Familia*, Tercera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
184. LOZANO, G., "The Battle for Marriage Equality in México, 2001-2011", en PIERCESON, J. et al. (eds.), *Same-Sex Marriage in Latin America. Promise and Resistance*, Lexington Books, Plymouth, 2013.
185. MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, V. III, Segunda Edición, Porrúa, México, 2001.
186. MAHONEY, K., "Theoretical Perspectives on Women's Human Rights and Strategies for their Implementation", en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 12, 1996.
187. MANCERA ESPINOSA, M. A., *El Tipo de la Tentativa. Teoría y Práctica*, Porrúa, México, 2011.
188. MARGADANT S., G. F., *El Derecho Privado Romano*, Vigésimosexta Edición, Esfinge, México, 2005.
189. MÁRQUEZ PIÑERO, R., *Derecho Penal, Parte General*, Trillas, Cuarta Edición, México, 1999.
190. MASSET, C., "Prehistory of the Family", en BURGUIÈRE, A. et al. (eds.), *A History of the Family*, V. I, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1996.

191. MAYNES, M. J. y WALTER, A., *The Family: A World History*, Oxford University Press, New York, 2012.
192. MCKINNON, C. A., "Rape, Genocide, and Women's Human Rights", en *Harvard Women's Law Journal*, Volumen 17, 1994.
193. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993.
194. MENDOCA, D., *Las Claves del Derecho*, GEDISA, Barcelona, 2000.
195. MENDOZA CALDERÓN, S., "El Delito de Maltrato Ocasional del Artículo 153 del Código Penal: La Influencia del Modelo de Seguridad Ciudadana en el Actual Derecho Penal" en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la Tutela Penal de la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
196. MERON, T., "International Law in the Age of Human Rights", en *Recueil des Cours*, Tome 301 (2003), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.
197. MERRY, M. S., *Equality, Citizenship and Segregation. A Defense of Separation*, Palgrave MacMillan, New York, 2013.
198. MIDLARSKY, M. I., *Inequality, Democracy, and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997 y Fukuyama, F. et al. (Eds.), *Poverty, Inequality, and Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2012.
199. MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Nuevas Tendencias en Política Criminal*, B de F, editorial REUS, Buenos Aires, 2006.
200. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Quinta Edición, Barcelona, 1998.
201. MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de Género Versus Violencia Doméstica: Consecuencias Jurídico-Penales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Madrid, 2007.
202. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coord.), *La Europa de los Derechos. Estudios Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
203. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
204. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Décima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
205. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Decimoctava Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
206. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Temis, Tercera Edición, Bogotá, Colombia, 2010.
207. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch Libros, Octava Edición, Valencia, 2010.
208. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., "El Delito de Violencia Doméstica Habitual (Artículo 173.2 del Código Penal)", en RUEDA MARTÍN, M. Á. y BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *La Reforma Penal en Torno a la Violencia Doméstica y de Género*, Atelier, Madrid, 2004.
209. MUÑOZ, L., *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, Ediciones Modelo, México, 1971.
210. MURDOCK, G., *Social Structure*, Macmillan, New York, 1960.

211. NAFFINE, N., "Sexing the Subject (of Law)", en THORNTON, M. (ed.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, Oxford University Press, Melbourne, 1996.
212. NÉSTOR AMÍLCAR, C., *El Daño Psíquico, Sus Diferencias con el Daño Moral*, Tomo II, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales, La Ley, Buenos Aires, 2012.
213. NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, EDISOFER-B de F, Buenos Aires, 2012.
214. OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
215. ORELLANA WIARCO, O. A., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, Quinta Edición, México, 2011.
216. OSORIO Y NIETO, C. A., *Ensayos Penales*, Segunda Edición, Porrúa, México, 1993.
217. PACHECO, A., *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, Segunda Edición, Panorama Editorial, México, 1998.
218. PAREJO ALFONSO, L., "Constitución y Valores del Ordenamiento", en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1991.
219. PARIOTTI, E., "Introduzione", en *Ars Interpretandi, Annuario di Ermeneutica Giuridica*, XIII, 2008.
220. PARLETT, K., *The Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
221. PAVÓN VASCONCELOS, F., *Diccionario de Derecho Penal*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2003.
222. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., et al., *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2001.
223. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
224. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., et al., *Protección Jurídica de la Persona, Tolerancia y Libertad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.
225. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, A. E., *Derecho de Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.
226. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Décima Edición, Tecnos, Madrid, 2010.
227. PÉREZ LUÑO, A. E., *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
228. PÉREZ LUÑO, A. E., "Seguridad Jurídica", en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA SAN MIGUEL, J. (coords.), *El Derecho y la Justicia*, Vol. 2, Trotta/CSIC, Madrid, 1996, p. 483.
229. PÉREZ PORTILLA, K., *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, México, UNAM-IIJ, 2005.
230. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Decimotercera Edición, Revisada y Puesta al Día por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid, 2012.

231. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
232. PETERS, J. F., "Redifining Western Families", en SETTLES, B. H. *et al.* (Eds.), *Concepts and Definitions of Family for the 21st. Century*, Routledge, New York, 2009.
233. PIERCESON, J. *et al.* (eds.), *Same-Sex Marriage in Latin America. Promise and Resistance*, Lexington Books, Plymouth, 2013.
234. PIROZZOLI, A., *La Dignità dell'Uomo. Geometrie Costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.
235. PLANIOL M., *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo II, Tercera Edición, Cárdenas, México, 1997.
236. PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado Elemental de Derecho Civil* [trad. José Ma. Cajica Jr.], Cárdenas, México, 1981.
237. POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Quinta Edición, Bosch, Barcelona, 2004.
238. PORTE PETIT CANDAUDAP, C., *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Tomo I, Jurídica Mexicana, México, 1969.
239. POUS DE LA FLOR, M. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coords.), *Curso sobre la Protección Jurídica del Menor*, Colex, Madrid, 2001.
240. POVIÑA, A., *Tratado de Sociología*, Sexta Edición, Astrea, Buenos Aires, 1985.
241. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
242. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen IV, Bosch, Barcelona, 2006.
243. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Sexta Edición, Atelier, Barcelona, 2010.
244. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho Penal de la Culpa*, Bosch, Barcelona, 1958.
245. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Tercera Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005.
246. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Tercera Edición, Aranzadi, Pamplona, 2004.
247. QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.
248. QUINTERO OLIVARES, G. *et al.*, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
249. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Consideraciones sobre la Prueba del Dolo", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 4, 2004.
250. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, F. A., *Violencia Masculina en el Hogar*, Pax, México. 2000.
251. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, T. I., Cuarta Edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2003.
252. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Tercera edición, Madrid, 2014.
253. RÉAUME, D., "Dignity, Equality and Comparison", en HELLMAN, D. y MOREAU, S., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, New York, 2013.

254. RÉAUME, D., "What's Distinctive about Feminist Analysis of Law? A Conceptual Analysis of Women's Exclusion from Law", en *Legal Theory*, Vol. 2, 1996.
255. RECANSENS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, Vigésima Edición, Porrúa, México, 1986.
256. RECANSENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.
257. RECANSENS SICHES, L., *Tratado General de Sociología*, Décimo Octava Edición, Porrúa, México, 1980.
258. REED, E., *Woman's Evolution. From Matriarchal Clan to Patriarchal Family*, Pathfinder Press, New York, 1975.
259. REHMAN, J., *International Human Rights Law*, Second Edition, Longman, Essex, 2010.
260. REILLY, N., *Women Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 2009.
261. REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
262. REYES ECHANDÍA, A., *Culpabilidad*, Tercera Edición, Temis, Bogotá, 1991.
263. RIBBENS MCCARTHY, J. y EDWARDS, R., *Key Concepts in Family Studies*, SAGE Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi/Singapore, 2010.
264. RICO ÁLVAREZ, F. et al., *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 2006.
265. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminología Clínica*, Porrúa, Cuarta Edición, México, 2011.
266. RODRIGUEZ MONTAÑEZ, T., *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
267. ROJINA VILLEGAS, R., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Trigésimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003.
268. ROMO PIZARRO, O., *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
269. ROSSIGNOLI, J., *La Familia, El Trabajo y la Propiedad en el Estado Moderno* [trad. Damián Isern], Gustavo Gili, Barcelona, 1911.
270. ROTH, K., "Domestic Violence as an International Human Rights Issue", en COOK, R. J. (Ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.
271. ROXIN, C., *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Ara Editores, Lima, 2004.
272. RUIZ CARBONELL, R., *La Violencia Familiar y los Derechos Humanos*, CNDH, México, 2002.
273. SÁENZ LARA, C., "Igualdad ante la Ley y No Discriminación: Las Políticas de Género", en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Eds.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch/Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia, Valencia, 2004.
274. SAGAN, C., *Los Dragones del Edén. Especulaciones sobre la Evolución de la Inteligencia Humana*, trad. de R. A., Grijalbo, México, 1993.

275. SALINAS, L. *et al.*, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Taller sobre su Aplicación en México. Cuaderno de Casos Tipo*, Instituto Nacional de las Mujeres/UNICEF, México, s/f.
276. SÁNCHEZ AZCONA, J., *Familia y Sociedad*, Segunda Edición, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1976.
277. SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El Estado Constitucional y su Sistema de Fuentes*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
278. SÁNCHEZ MÁRQUEZ, R., *Derecho Civil. Parte General, Personas y Familia*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2007.
279. SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo I, Sepin, Tercera Edición, Madrid, 2010.
280. SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2004.
281. SANTAOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J., *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
282. SCALES, A., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", en *Yale Law Journal*, Volumen 95, 1986.
283. SERRANO TORRAGA, M. D., "Malos Tratos sobre Menores", en *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos*, IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos, los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005, Dykinson, Madrid, 2005.
284. SERRANO TORRAGA, M. D., "Malos Tratos sobre Menores", en CUERDA RIEZU, A. (Dir.), *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos. IX Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, Universidad Rey Juan Carlos, 8-10 de marzo de 2005, Dykinson, Madrid, 2005.
285. SERRANO, S., *Las Características de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional*, Documento de Trabajo 1, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Teoría Jurídica de los Derechos Humanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, México, Febrero 2010.
286. SHACHAR, A., *Children of a Lesser State: Sustaining Global Inequality through Citizenship Laws*, Jean Monnet Working Papers, NYU School of Law, 2/03, 2013.
287. SHACHAR, A., *The Birthright Lottery and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.
288. SILVA SILVA, H., *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Ed. Jurídica Chile, Tomo I, Santiago de Chile, 1991.
289. SMART, C., "La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico", en BIRGIN, H. (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.
290. SOBERANES DÍEZ, J. M., *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, Porrúa, México, 2011.
291. SOLIS QUIROGA, H., *Sociología Criminal*, Segunda Edición, Porrúa, México, 1977.

292. SOUTO PAZ, J. A., "Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del Poder Judicial*, Número 61, 2001.
293. SOUTO PAZ, J. A., *Constitución Europea e Identidad Cultural*, Fundación Seminario de Derecho Romano "Urciso Alvarez", Seminarios Complutenses de Derecho Romano, XV, Madrid, 2003.
294. STEINER, H. J. y ALSTON, P., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford.
295. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal*, T. II., Thomson/Civitas, Quinta Edición, Pamplona, 2008.
296. TAMALE, S., "African Feminism: How Should We Change?", en *Development*, Volume 49, Number 1, 2006.
297. TAMARIT SUMALLA, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I (artículos 1 al 233), Thomson-Aranzadi, Sexta Edición, Pamplona, 2011.
298. TERRAGNI, M. A., *El Delito Culposos*, Rubinzal-Culzini, reimpresión, Buenos Aires, 2004.
299. TERRAGNI, M. A., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013.
300. TOMUSCHAT, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
301. TORIO LÓPEZ, Á., "Acción Peligrosa y Dolo. Perspectivas Jurisprudenciales y Legislativas", en ROMERO CASABONA, C. M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en Evolución*, Centro de Estudios Criminológicos/Universidad de la Laguna/Comares, La Laguna/Tenerife/Canarias, 1997.
302. TORIO LÓPEZ, Á., "Los Delitos de Peligro Hipotético (Contribución al Estudio Diferencial de los Delitos de Peligro Abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVI, 1973.
303. TREJO MARTÍNEZ, A., *Prevención de la Violencia Intrafamiliar*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2003.
304. TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.
305. TUR AUSINA, R., "Igualdad y No Discriminación por Razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de Evolución hacia el Género en el Contexto de la Mundialización de las Estrategias para la Igualdad de Mujeres y Hombres", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Número 11, 2008.
306. TUR AUSINA, R., "Las Políticas de Igualdad de Género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa", en AA.VV., *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Iustel, Madrid, 2009.
307. UNFPA, *State of World Population 2005. The Promise of Equality: Gender Equity, Reproductive Health, and the Millenium Development Goals*, New York, 2005.
308. UNITED NATIONS, *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 July 1985.
309. VAN LEEUWEN, F., *Women's Rights Are Human Rights: The Practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2010.

310. VENTURA SILVA, S., *Derecho Romano*, Vigésimoprimera Edición, Porrúa, México, 2005.
311. VILLINGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009.
312. VIVES ANTÓN, T. S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
313. WALBY, S., *Globalization and Inequalities: Complexity and Contested Modernities*, SAGE Publications, London, 2009.
314. WALZER, M., *Interpretation and Social Criticism*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
315. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Segunda Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
316. WITTE JR., J., *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Second Edition, Westminster John Knox Press, Louisville, 2012.
317. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Constitution Statement*, WHO/OMS, Ginebra, 1946.
318. YUNGANO, A. R., *Derecho de Familia*, Tercera Edición, Machi, Buenos Aires, 2001.
319. ZAFFARONI, E. R., *et al.*, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Porrúa, México, 2013.
320. ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.
321. ZAMORA JIMÉNEZ, A., “Bien Jurídico y Consentimiento en Derecho Penal”, en *Revista Letras Jurídicas*, Número 6, 2008.
322. ZIMMERMANN, A., “Dispute Resolution, Compliance Control and Enforcement in Human Rights Law”, en ULFSTEIN, G. *et al.* (Ed.), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

Normativa Internacional

Tratados Internacionales

1. Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.
2. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.
3. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965.
4. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
5. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.
6. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 27 de mayo de 1969.
7. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 7 a 22 de noviembre de 1969.
8. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973.

9. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.
10. Convención de los Derechos del Niño, de 25 de octubre de 1980.
11. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986
12. Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988.
13. Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.
14. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2 de octubre de 2000.
15. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem do Pará”, de 9 de junio de 1994.
16. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.
17. Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, del 11 de mayo de 2011.

Organismos Internacionales

A. Organización de Naciones Unidas

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
2. Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 20 de noviembre de 1963.
3. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena, UN Doc. A/CONF. 157/23, de 21 de julio de 1993.
4. Resolución 11(II) de 21 de junio de 1946.
5. Resolución 2263 (XXII), de fecha 7 de noviembre de 1967.
6. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 24 de octubre de 1970.
7. Resolución 3520 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1975.
8. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
9. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.
10. Resolución del Consejo Económico y Social 1988/27, de fecha 26 de mayo de 1988.
11. Resolución A/RES45/114, de 14 de diciembre de 1990.
12. Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.
13. Human Rights Questions: Implementation of Human Rights Instruments, UN Doc. A/50/505, de 4 de octubre de 1995.
14. Resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 15 de marzo de 2006.

B. Unión Europea

1. Decisión 82/437/CEE relativa a la creación de un Comité Consultivo para la Igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres.
2. Directiva 75/117/CEE del Consejo, 10 de febrero de 1975, Relativa a la Aproximación de las Legislaciones de los Estados Miembros que se Refieren a la Aplicación del Principio de Igualdad de Retribución entre los Trabajadores Masculinos y Femeninos.
3. Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, Relativa al Igual Trato entre Mujeres y Hombres en Relación con el Acceso al Empleo, Formación, Promoción Profesional y Condiciones de Trabajo (Reformada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002).
4. Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978. Igualdad de trato para hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social.
5. Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social.
6. Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
7. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
8. Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996. Relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
9. Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de la seguridad social.
10. Directiva 97/80/CE del Consejo, 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.
11. Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
12. Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
13. Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
14. Resolución 82/C186/02, de 12 de julio de 1982 CEE sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer.
15. Resolución 84/C161/02 CEE, de 7 de junio de 1984, relativa a las acciones encaminadas a combatir el paro de las mujeres.

16. Resolución, de 6 de junio de 1985, incluye un programa de acción para la igualdad de oportunidades de las jóvenes y de los jóvenes en lo que se refiere a educación.

C. Organización Internacional del Trabajo

1. Convenio 100, de 29 de junio de 1951.
2. Convenio 111, de 25 de junio de 1958.
3. Convenio 118, de 28 de junio de 1962.
4. Convenio 156, de 23 de junio de 1981.
5. Convenio 157, de 21 de junio de 1982.
6. Declaración sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para las Trabajadoras y de la Resolución Relativa a un Plan de Acción con miras a Promover la Igualdad de Oportunidades y Trato para las Trabajadoras, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975.

D. Organización de Estados Americanos

1. CoIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia, 20 de Mayo de 1999, Serie C, No. 52.
2. CoIDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia, 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177.
3. CoIDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia, 20 de Noviembre de 2009, Serie C, No. 207.

E. Organización Mundial de la Salud

1. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Constitution Statement*, 1946.

Normativa Nacional

A. España

1. Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.
2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
3. Ley Orgánica 14/1999, de 10 de junio.
4. Ley Orgánica 11/2003, de 30 de septiembre.
5. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.
6. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

B. México

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de diciembre de 1917.
2. Ley sobre Relaciones Familiares, de 1917.
3. Código Penal Federal, de 14 de agosto de 1931.
4. Código Penal del Estado de Michoacán, de 7 de julio de 1980.

C. Brasil

1. Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988.

D. Estados Unidos de Norteamérica

1. Declaración del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776
2. Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776.

E. Francia

1. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789

F. Italia

1. Constitución de la República Italiana, de 22 de diciembre de 1947.

Jurisprudencia Internacional

A. Corte Permanente de Justicia Internacional

1. CPJI, *asunto Lotus* (Francia vs. Turquía), sentencia de 7 de septiembre de 1927.

B. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. STJCE, asunto C-345/89, *Stoeckel*, de 25 de julio de 1991.
2. STJCE asunto C-450/93, *Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt*, de 17 de octubre de 1995.
3. STJCE asunto C-158/97, *Badeck y Otros*, de 28 de marzo de 2000.

Jurisprudencia Nacional

A. España

Tribunal Constitucional de España

1. STC 4/1981 de 2 de febrero.
2. STC 8/1981 de 30 de marzo.
3. STC 10/1981 de 6 de abril.
4. STC 22/1981 de 2 de julio.
5. STC 23/1981 de 10 de julio.
6. STC 27/1981, de 20 de julio.
7. STC 30/1981 de 24 de julio.
8. STC 34/1981 de 10 de noviembre.

9. STC 44/1982, de 26 de febrero.
10. STC 24/1982, de 13 de mayo.
11. STC 27/1982, de 24 de mayo.
12. STC 43/1982, de 6 de julio.
13. STC 49/1982, de 14 de julio.
14. STC 59/1982, de 28 de julio.
15. STC 61/1982, de 13 de octubre.
16. STC 65/1982, de 10 de noviembre.
17. STC 68/1982, de 22 de noviembre.
18. STC 3/1983, de 25 de enero.
19. STC 8/1983 de 18 de febrero.
20. STC 63/1983, de 20 de julio.
21. STC 75/1983, de 3 de agosto.
22. STC 76/1983, de 5 de agosto.
23. STC 88/1985, de 19 de julio.
24. STC 142/1985, de 23 de octubre.
25. STC 162/1985, de 29 de noviembre.
26. STC 23/ 1986, de 14 de febrero.
27. STC 39/1986, de 31 de marzo.
28. STC 30/1987, de 11 de marzo.
29. STC 66/1987, de 21 de mayo.
30. STC 144/1988, de 12 de julio.
31. STC 47/1989, de 21 de febrero.
32. STC 141/1994, de 9 de mayo.
33. STC 112/1996, de 24 de junio.
34. STC 2/1997, de 13 de enero.
35. STC 29/1998, de 11 de febrero.
36. STC 150/2001, de 2 de julio.
37. STC 129/2004 de 19 julio.
38. STC 31/2008 de 25 febrero.
39. STC 59/2008, de 14 de mayo
40. STC 7/2009 de 12 enero.
41. STC 164/2009, de 2 de julio.
42. STC 167/2009, de 2 de julio
43. STC 151/ 2009, de 25 de junio.
44. STC 152/2009, de 25 de junio.
45. STC 153/2009, de 25 de junio.
46. STC 154/2009, de 25 de junio.
47. STC 165/2009, de 2 de julio.
48. STC 177/2009, de 21 de julio.
49. STC 179/2009, de 21 de julio.
50. STC 180/2009, de 21 de julio.
51. STC 178/2009, de 21 de julio.
52. STC 201/2009, de 27 de octubre.
53. STC 202/2009, de 27 de octubre.
54. STC 203/2009, de 27 de octubre.
55. STC 213/2009, de 26 de noviembre.
56. STC 45/2010, de 28 de julio.
57. STC, 77/2010, de 19 de octubre.
58. STC 83/2010, de 3 de noviembre.

B. México

Poder Judicial de la Federación

1. “Artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche. Viola la garantía de igualdad que tutela el artículo 4º constitucional”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Noviembre de 1995.
2. “Derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia. Constituye un derecho fundamental”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Décima Época, Junio de 2015.
3. “Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4º, Primer Párrafo, De la Constitución Federal. Sus Alcances”, Tesis CLII/2007, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Julio de 2007.
4. “Igualdad, Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”, Tesis CXXXII/2004, amparo directo en revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004.
5. “Igualdad. Principio de, El artículo 470, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas no es violatorio del Artículo 13 Constitucional”, Tesis LV/95, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, segunda parte, agosto de 1995.
6. “Indemnización por muerte. El artículo 501, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, viola la garantía de igualdad”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Marzo 2003.
7. “Normas penales en blanco. Son inconstitucionales cuando remiten a otras que no tienen carácter de leyes en sentido formal y material”, Jurisprudencia, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Novena Época, Febrero de 2008.
8. “Pensión de Viudez. El artículo 152 de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1997, al establecer distintos requisitos para su otorgamiento entre el varón y la mujer viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 4º de la Constitución Federal”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Agosto de 2005.
9. “Seguro social. El artículo 152 de la Ley relativa, vigente hasta el 30 de junio de 1997, viola las garantías de igualdad y no discriminación”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Novena Época, Segunda Sala, Agosto de 2007.
10. “Separación de los cónyuges y depósito de la mujer. El artículo 287, párrafo segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Novena Época, Primera Sala, Mayo de 2001.
11. “Separación de los cónyuges y depósito de la mujer. El artículo 408, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, que prevé la forma en que se puede decretar, viola la

garantía de igualdad entre el varón y la mujer”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Octubre de 2002.

12. “Tentativa. No constituye un delito independiente o autónomo, sino una extensión del tipo, que hace factible sancionar al agente por la comisión de un ilícito tentado y no consumado”, Tesis aislada, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Abril de 2014.
13. “Trabajadora al Servicio del Estado. El artículo 5º, fracción V, párrafo sexto, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola la garantía de igualdad”, Tesis Aislada, Octava Época, Pleno, Primera Parte, Enero a Junio, 1989.
14. “Trabajadores al Servicios del Estado. El artículo 24, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola la garantía de igualdad contenido en el artículo 40 constitucional”, Tesis X, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Agosto de 1999.
15. Contradicción de Tesis 66/2006-PS, 20 de septiembre de 2006.

Congreso de la Unión

1. Dictamen de la Cámara de Senadores el 26 de octubre de 2011, Gaceta del Senado, LXI legislatura, año III, 1er periodo ordinario, número 297, 26 de octubre de 2011.

C. Estados Unidos de Norteamérica.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica

1. Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Fuentes Cibernéticas

1. BALCAZAR ZELADA, J., “Algunos Aspectos Sustanciales y Procesales Referidos a la Tutela Judicial Civil Denominada ‘Salida Temporal del Agresor del Domicilio’ en los Supuestos de Violencia Familiar”, en línea, disponible en la página web <http://www.monografías.com>
2. BOLEA BARDON, C., “En los Límites del Derecho Penal frente a la Violencia Doméstica y de Género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [en línea], disponible en la página web <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>
3. DOMÍNGUEZ NARANJO, C., “El Bien Jurídico Protegido del Art. 153 del Código Penal”, [en línea], disponible en página web http://www.ultimainstancia.cat/docs/num_121/06cdn.pdf
4. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., “Consideraciones sobre el Nuevo Delito de Violencia Familiar”, [en línea], disponible en la página web <http://www.tribunalmmm.gob.mx/lonuevo/consideraciones.htm>
5. HORMAZABAL MALARÉE, H., citado por URQUIZO OLAECHEA, J., “El Bien Jurídico”, [en línea], disponible en la página

- http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm
6. ILLEGAS PAIVA, E. A., “Los Bienes Jurídicos Colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el Fundamento y Validez de la Protección Penal de los Intereses Microsociales”, [en línea], disponible en la página web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf
 7. LANZOS ROBLES, A., “La Violencia Doméstica”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* [en CD-ROM], Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, número 5.
 8. LAURENZO COPELLO, P., “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración Político-Criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 2005, núm. 07-08.
 9. LEÓN CHAPARRO, L., “Estudio del Actual Artículo 173 del Código Penal”, en *Revista Baylo*, p. 7, [en línea], disponible en la página web <http://www.icace.org/ponenciaCAM1.php>
 10. LUZÓN PEÑA, D. M., “El Dolo y el Dolo Eventual. Reflexiones”, [en línea], disponible en la página web aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/58.pdf
 11. MAQUEDA ABREU, M. L., “La Violencia de Género: Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], RECPC, 2006, núm. 08-02.
 12. MEIL LANDWERLIN, G., “La Violencia Doméstica en el Contexto del Cambio Familiar. Una Perspectiva Sociológica”, en *Cuadernos de Derecho judicial* [en CD-ROM], Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, número 5.
 13. MORILLAS CUEVA, L., “Valoración de la Violencia de Género desde la Perspectiva del Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [en línea], en la siguiente página web: <http://criminnet.ugr.es/recpc/04/recpc04-09.pdf>
 14. OMS, “Declaración de Alma-Ata”, [en línea], disponible en la página web http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=19004&Itemid=2518
 15. PENACHO CHIOK, L. P., Violencia familiar, cendoc@mimdes.gob.pe.
 16. SINOVAS GÓMEZ, E., “La Violencia sobre la Mujer en el Ámbito Familiar, el Artículo 173.2 del Código Penal”, en *Estudios Interdisciplinarios de Género*, [en línea], disponible en la página web http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/80248/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_SinovasGomez_E.pdf

Resumen

Introducción

La presente investigación se deriva del interés por analizar la reforma que en el 2001, la legislatura del Estado de Michoacán –México– llevó a cabo al Código Penal local, introduciendo el tipo penal de violencia familiar, a la luz de la experiencia jurídica española.

Dicha reforma tuvo por objeto la protección del “orden familiar” y, además, se complementó con una serie de modificaciones legislativas en la normativa civil y familiar michoacanas.

La descripción de la conducta típica, las consecuencias jurídicas, así como la confluencia con otros ámbitos jurídicos normativos que también pretenden combatir la violencia familiar plantean la duda de si la regulación punitiva de dicho fenómeno se corresponde al principio de mínima intervención del derecho penal.

De esta manera, se procedió a tomar como punto de partida la delimitación del concepto de familia, pues el fenómeno de la violencia familiar tiene lugar, precisamente, en este núcleo comunitario.

Conceptualmente, la familia se ha nutrido de variadas perspectivas, siendo las más importantes la etimológica, la doctrinal, la sociológica y, por supuesto, la jurídica.

La descripción de sus orígenes y las diversas etapas por las que evolucionó la familia conduce a la estructura monogámica actual, cuya conformación está condicionada por sus diversas fuentes, esto es, el matrimonio, el concubinato, la filiación, la adopción y el parentesco.

De igual manera, se consideró relevante para el desarrollo de la investigación la conceptualización de la violencia familiar y su distinción de la violencia de género y la de naturaleza doméstica, así como las causas de este fenómeno, desgraciadamente extendido en el mundo actual.

La expansión del fenómeno a nivel internacional, motivó que, primero desde la perspectiva feminista y del movimiento de los derechos humanos, y enseguida por la preocupación de proteger a las y los menores de edad y las

personas discapacitadas, emergiera, paulatina pero progresivamente, un derecho humano a una vida libre de violencia familiar.

A través de una serie de instrumentos convencionales internacionales, la mayoría de los países integrantes de la comunidad internacional se han comprometido a adoptar todas aquellas medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial que combatan la violencia familiar y la prevengan.

Las obligaciones internacionales derivadas de tales tratados internacionales, fundamentalmente en materia de protección de derechos humanos de mujeres, menores de edad y discapacitados, tienen una importante y trascendental relevancia, no solamente por las reformas legislativas que se deben realizar para adecuar la normativa nacional –penal– a las exigencias previstas en los instrumentos internacionales, sino especialmente en la impartición y administración de justicia, pues las juezas y los jueces están obligados a aplicar los estándares normativos internacionales en la prevención y combate a la violencia familiar.

El parámetro constitucional de la igualdad en el trato al hombre y la mujer también se incorporó al análisis efectuado para el efecto de determinar la forma en que se ha aplicado tal mandato en sede judicial.

Las experiencias en España y México en este rubro apuntan a que los altos tribunales de ambos países no han sido congruentes en la delimitación de la igualdad para efectos de la constitucionalidad de los tipos penales contemplados en sus respectivos ordenamientos punitivos.

Finalmente, mediante el uso de la comparación jurídica, se analizaron las experiencias jurídicas española y mexicana en la tipificación de la violencia familiar a partir de su introducción al Código Penal español en 1973, y en 2004, la de género –cuya última modificación se verificó por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo–; habiéndose advertido una evolución importante en la forma en la que ambos antijurídicos fueron tratados por el legislador.

En el caso de Michoacán, México, la violencia familiar fue considerada delito hasta 2001, en el Código Penal local.

De esta manera, se examinan sus elementos integradores (objetivo y subjetivo), así como el bien jurídico que se pretende proteger con su previsión; la configuración de la tentativa en ambos ordenamientos y si se trata de leyes en blanco y cómo pueden ser clasificados los tipos atendiendo a la acción, al

resultado y al número de actos requeridos para su materialización, concluyendo con una serie de propuestas de *lege ferenda*.

Objetivos

El objetivo general de la investigación fue el análisis comparativo de los tipos de violencia familiar en los ordenamientos punitivos de España y Michoacán –México– para determinar si el legislador, en ambos países, ha actuado correctamente de conformidad con el principio de mínima intervención –ultima ratio– del derecho penal, o si tal respuesta ha sido tardía.

Por cuanto a los objetivos específicos, éstos consistieron en el análisis de la evolución de la familia, su conceptualización y sus fuentes, así como la distinción conceptual de la violencia familiar de la violencia doméstica y de género; asimismo, el análisis del surgimiento del derecho humano a la vida libre de violencia familiar en el ámbito convencional internacional, la configuración constitucional de la igualdad y su aplicación judicial por los altos tribunales español y mexicano y el análisis específico de los tipos penales de violencia familiar en los ordenamientos punitivos de España y Michoacán.

Método

El método empleado es el iuscomparatista, pues a partir de la experiencia jurídica –legislativa y hermenéutica judicial– desarrollada en España y en México, específicamente en Michoacán, se identifican los elementos similares, así como las diferencias, para poder llegar a la postura personal, crítica, de la configuración punitiva del fenómeno de la violencia familiar.

Asimismo, se emplea la deducción, empleando el análisis doctrinal, legal y jurisprudencial para la construcción exegética de los tipos penales analizados.

Finalmente, la inducción se usa para poder llegar a las conclusiones y las propuestas de *lege ferenda*.

Resultados

Resultó pertinente efectuar la comparación entre España y México –Michoacán, de manera específica– comparten diversas semejanzas: idioma, rasgos culturales, idiosincrasia y aspiraciones en la construcción y

fortalecimiento de un Estado social y democrático de derecho; y, al mismo tiempo, su desarrollo jurídico representa también importantes diferencias

También fue conveniente analizar la evolución de la familia, así como su concepción actual, que actualmente está condicionada indiscutiblemente por sus fuentes, verificando cómo es que el fenómeno de la violencia en el seno familiar ha adquirido cada vez mayor relevancia, precisamente porque en muchos casos, los vínculos entre sus integrantes se encuentran determinados por relaciones de supra-subordinación y dependencia que implican la vulneración de la dignidad de sus integrantes.

De igual manera, resultó relevante para la investigación el análisis del surgimiento, en el ámbito convencional internacional, del derecho humano a la vida libre de violencia familiar, pues de los tratados internacionales se deservan una serie de obligaciones que deben adoptarse por los Estados en sede legal, administrativa y, por supuesto, judicial.

En este sentido, la comunidad internacional ha instrumentado una serie de medidas de protección a los grupos considerados más vulnerables: mujeres menores de edad, personas de edad y discapacitados.

España y México –Michoacán– han debido adecuar su normatividad y práctica judicial a tales obligaciones internacionales que protegen la familia, así como a sus integrantes, del fenómeno de la violencia familiar.

En España y en Michoacán se tipificó la violencia familiar, la doméstica y de género, como fenómenos presentes, graves y persistentes.

En ambos países, la violencia familiar fue tipificada, primero en España y posteriormente en México. Las normativas española y michoacana han sido objeto de modificación legislativa e interpretación judicial con diverso resultado.

Conclusiones

En España como en Michoacán, la configuración de tales delitos no atendió al principio de mínima intervención del derecho penal.

De una nula intervención respecto de dichos fenómenos, el Estado pasó a una máxima intervención, al punir dichas conductas sin generar las condiciones para que otras ramas del derecho las atacaran de manera eficiente y más aún, sin propiciar mecanismos de reeducación y culturización que los previeran y minimizaran.

No obstante lo anterior, despenalizar dichas conductas podría generar resultados perjudiciales y socialmente incorrectos, al enviarse un mensaje equivocado a la sociedad, en el sentido de que Estado considera que las mismas resultan tolerables y permisibles, cuando no es así. Por lo tanto, asumir una postura abolicionista al respecto resulta inadecuado.

Es necesario repensar la manera en que viene tratándose tanto en España como en Michoacán, México, a la violencia familiar, doméstica y de género, desde la perspectiva del derecho penal; procurando atenuar los alcances de esta maximización del derecho penal y ubicarlos en un rango más próximo al principio de *ultima ratio*.

Con fines de *lege ferenda*, se proponen una serie de modificaciones a los dispositivos jurídicos que se refieren tales conductas típicas, no solamente en cuanto a los elementos que las integran sino además, tendientes a minimizar las consecuencias jurídicas que acarrea su materialización.

Abstract

Introduction

This research derives from an interest in analyzing the 2001 reform that the legislature of the State of Michoacan –Mexico– through which the local Penal Code was modified introducing the crime of domestic violence, in the light of the Spanish legal experience.

Such penal reform aimed at protecting the "family order" and, moreover, was supplemented by a series of legislative changes in both Michoacan civil and family law.

The description of the typical behavior, the legal consequences, as well as the confluence with other regulatory areas that are also intended to combat domestic violence, raises the question of whether punitive regulation of this phenomenon corresponds to the principle of minimum intervention of criminal law.

In this way, we proceeded to take as starting point the definition of the concept of family, as the phenomenon of domestic violence occurs precisely within this basic social community.

From a conceptual perspective, the family has been the object of various fields, being the most important the etymological, the doctrinal, the sociological and, of course, the legal.

The description of its origins and its evolution leads to consider the family in its current monogamous structure, whose formation is conditioned by their different sources, *id est*, marriage, cohabitation, filiation, adoption and kinship.

Similarly, it was considered important for the development of the research the conceptualization of family violence and their distinction from gender violence and domestic violence, and the causes of such phenomenon, unfortunately widespread in today's world.

The worldwide expansion of this phenomenon, motivated, first from the feminist movement and human rights perspective, and then out of the concern to protect both minors and disabled persons (including older persons) motivates the emergence, gradually but progressively, of a human right to a life free of domestic violence.

Through a series of international instruments, most of the member countries of the international community have pledged to adopt all measures of national legislative, administrative and judiciary necessary to combat and prevent domestic violence.

International obligations derived from these international treaties, primarily for the protection of human rights of women, minors and disabled persons, have an important and far-reaching significance, not only for the legislative reforms that should be made to adapt national legislation –penal– conforming to the requirements provided for such international instruments, but especially in the judicial adjudication, as judges are required to apply international regulatory standards on preventing and combating domestic violence.

The constitutional parameter of the equal treatment of both men and women to the analysis carried out for the purpose of determining how that mandate has been applied by courts was also incorporated.

The experiences in Spain and Mexico in this area suggest that the high courts of both countries have not been consistent in the definition of equality for purposes of the constitutionality of criminal offenses covered by their punitive systems.

Finally, using legal comparison, the Spanish and Mexican legal experiences in the definition of family violence and the structure of the crime of domestic violence incorporated into the Spanish Penal Code in 1973, and in 2004 –lastly amended by Organic Law 1/2015, of 30 March–, was analyzed; having noticed an important evolution in the way in which both wrongful were treated by the legislator.

In the case of Michoacan, Mexico, domestic violence was considered a crime in 2001, in the local Criminal Code.

Thus, their integrating elements (objective and subjective) and the legal right to be protected, are examined; the configuration of the attempt on both systems and the legal consequences and the number of actions required for its realization, concluding with a series of proposals *ex lege ferenda*.

Aims

The overall aim of this research was the comparative analysis of the types of family violence in the punitive legal systems of both Spain and Michoacan – Mexico– in order to determine whether the legislator, in such countries, has acted correctly in accordance with the principle of minimum intervention of criminal law –*ultima ratio*–, or whether such response has been late.

Specific aims were, the analysis of family evolution, its conceptualization and its sources, as well as the conceptual distinction of family violence, domestic violence and gender violence; also, the analysis of the emergence of the human right to a life free of family violence in the international treaty level, the constitutional configuration of equality and judicial enforcement by both Spanish and Mexican high courts and the specific analysis of the criminal offenses of domestic violence in the punitive legal systems of Spain and Michoacan.

Method

The method used is the provided by comparative law, through the identification of legislative legal experience and judicial hermeneutics developed in both Spain and Mexico, specifically in Michoacan, similar elements are identified, as well as differences, in order to reach the conclusions.

Also, the deductive method is used, through the analysis of the doctrinal, legal and jurisprudential elements of the family violence.

Finally, inductive method is used to reach the conclusions and proposals of *lege ferenda*.

Results

It was relevant making the comparison between Spain and Mexico –Michoacán–, specifically how both countries share several similarities: language, cultural traits, idiosyncrasies and aspirations in the construction and strengthening of a social and democratic state of law; and at the same time, legal development also represents significant differences

It was also convenient to analyze the evolution of the family as well as its current form, which is now indisputably conditioned by its sources, verifying how the phenomenon of violence in the family has gained increasing importance,

precisely because in many cases the links between its members are determined by relations of supra-subordination and dependency involving the violation of the dignity of its members.

Similarly, research was relevant for the analysis of the rise in international treaty level, of a human right to life free of domestic violence, because of international treaties a number of obligations to be taken by States headquarters dserivan legal, administrative and, of course, legal.

In this regard, the international community has implemented a series of measures to protect the groups considered most vulnerable: women, minors, the elderly and disabled.

Spain and Mexico –Michoacan– have had to adapt their regulations and judicial practice to such international obligations that protect the family and its members, from the phenomenon of domestic violence.

In Spain and in Michoacan, domestic and gender violence, as phenomena present serious and persistent traits.

In both countries, domestic violence was criminalized, first in Spain and later in Mexico. The Spanish and Michoacan regulations have been subject to legislative amendment and judicial interpretation with different outcome.

Conclusions

In Spain as in Michoacan, the legislative configuration of such crimes did not address the principle of minimum intervention of criminal law.

From null state action concerning these phenomena, in both Spain and Mexico, the state has adopted a maximum intervention to punish such conduct without creating the conditions for other areas of law to efficiently combat family violence.

Nevertheless, decriminalizing such behavior could lead to harmful results and be considered socially incorrect, sending a wrong message to society, in the sense that State considers that such behaviours are acceptable and permissible. Therefore, taking an abolitionist position on this is inadequate.

It is therefore necessary to rethink family violence in both Spain and Michoacan, Mexico, from the perspective of criminal law; trying to reduce the

scope of this maximization of criminalization in conformity with the principle of *ultima ratio*.